

**Hoofredactie**  
prof. mr. E.H. Hondius

**Redactie**  
mr. W. Th. Braams  
mr. W.J.M. Davids  
mr. W.J.H.T. Dupont  
mr. J.E. Fesevur  
prof. mr. F.W. Grosheide  
prof. mr. K.F. Haak  
prof. mr. G.E. van Maanen  
prof. mr. J.H. Nieuwenhuis  
prof. mr. H.J. Snijders  
mr. A.F. Verdam

**Redactiesecretaris**  
mr. H.N. Schelhaas  
Molengraaff Instituut voor Privaatrecht  
Nobelstraat 2\*  
3512 EN Utrecht  
tel. 030-2539194  
telefax 030-2537203  
e-mail H.Schelhaas@law.uu.nl

**Medewerkers**  
mr. A.L. Croes  
mr. L. Dommering-van Rongen  
mr. H.A.G. Fikkers  
mr. N. Frenk  
prof. mr. T. Hartlief  
prof. mr. W.G. Huijgen  
mr. C.E.C. Jansen  
mr. M.E. Koppenol-Laforce  
mr. R.J.P. Kottenhagen  
mr. J.J.M. de Laat  
mr. A.J. van der Lely  
prof. mr. K.L.H. van Mens  
mr. B.W.M. Nieskens-Ispording  
mr. W.A.K. Rank  
mr. E.B. Rank-Berenschot  
prof. mr. C.H. van Rhee  
prof. mr. G.J. Rijken  
mr. J.G.J. Rinkes  
mr. P. Roos  
mr. A.C. van Schaick  
mr. M.Ph. van Sint Truiden  
prof. mr. J.M. Smits  
mr. J.B. Vegter  
prof. mr. L. Verstappen  
prof. mr. B. Wessels  
mr. L.F. Wiggers-Rust

**Grafische vormgeving**  
Bert Arts BNO

**Uitgever**  
mr. S.M. van der Linde  
Kluwer  
Postbus 23, 7400 GA Deventer  
tel. 0570-647641  
telefax 0570-636136

**Abonnementenadministratie:**  
Kluwer Afdeling Klantcontacten,  
Postbus 878  
7400 AW Deventer  
Telefoon 0570-673555  
Automatische bestellingen 0570-673511  
Fax 0570-632411  
Email info@kluwer.nl

**Abonnementsprijs 1998:**  
f 140 per jaar, incl. BTW verzendkosten en opbergband. Voor studenten geldt een abonnementsprijs van f 100 per jaar  
Losse nummers: f 25  
NTBR verschijnt 10 x per jaar

Nederlands **Uitgeversverbond**  
Groep uitgeverij voor vak en wetenschap

## In dit nummer

### Artikelen

Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte  
*P. Klik / 247*

Schadevergoeding voor een onvoorzichtige opdrachtnemer  
*M.B.M. Loos / 261*

De klassieken van het Nederlandse privaatrecht:  
J. Drion, stare decisis, Het gezag van precedenten  
*R.J.P. Kottenhagen / 265*

### Recensies

De betekenis van artikel 28 EG-Verdrag voor goederenrechtelijke zekerheden in het Europese handelsverkeer  
*Y.E.M. Beukers / 268*

### Rechtspraak

De aansprakelijkheid van de werkgever voor ongevallen in de privé-sfeer  
*D.M. van Gendevan / 276*

Einde borgtocht door terugzenden van borgtochtakte?  
Haastige spoed is zelden goed  
*A.L. Croes / 279*

Uitleg polisvoorwaarden arbeidsongeschiktheidsverzekering  
*J.G.J. Rinkes / 282*

### Nieuwe abonnementen:

Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan. Valt de aanvang van een abonnement niet samen met het begin van het kalenderjaar dan wordt over het resterende gedeelte van dat jaar een evenredig deel van de abonnementsprijs in rekening gebracht. Nieuwe abonnementen kunnen aan Libresso BV schriftelijk of telefonisch (0570-633155) worden opgegeven.

### Adreswijziging:

Bij wijziging van tenaamstelling en/of adres verzoeken wij u de adresband of tevelop met gewijzigde gegevens op te sturen naar Libresso BV.

### Beëindiging abonnementen:

Abonnementen kunnen alleen schriftelijk, tot uiterlijk 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

### Advertentie-exploitatie:

Bureau Van Vliet BV  
Postbus 20248  
7302 HE Apeldoorn  
tel. 055-5342121; fax 055-5341178

### Aanbevolen citeerwijze:

NTBR 1999-8, p. ...

### Reprorecht:

Het verlenen van toestemming tot publicatie in dit tijdschrift houdt in, dat de uitgever met uitsluiting van ieder ander onherroepelijk door de auteurs gemachtigd is de door derden verschuldigde vergoedingen voor kopiëren, als bedoeld in artikel 17 lid 2 der Auteurswet 1912 en in het K.B. van 20-6-1974 (Stb. 351) ex artikel 16b der Auteurswet 1912, te doen innen door en overeenkomstig de reglementen van de Stichting Reprorecht te Amsterdam, een en ander behoudens uitdrukkelijk voorbehoud van de kant van de auteur.

ISSN 0927-2747

P. Klik

## Tekortkoming, toerekenbaarheid en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte

### 1. Inleiding

De toerekenbaarheid van de tekortkoming bij koop kwam aan de orde in het recente *Heupdysplasie*-arrest (HR 9-1-1998, NJ 1998, 271).<sup>1</sup> In casu ging het om de verkoop door mevrouw Brok, een 'niet-professioneel fokster', van een basset ('Basset Artesien Normand') stamboomhond. Toen bij de hond heupdysplasie geconstateerd werd heeft koper Huberts, na consultatie van drie dierenartsen, de hond aan de heupen laten opereren. De vordering van de koper tot schadevergoeding werd door de rechtbank toegewezen. De Hoge Raad casseerde omdat de rechtbank verzuimd had in de overwegingen te betrekken of de schade de verkoopster kon worden toegerekend. Het beroep op 'overmacht' (niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming) van de verkoopster was dus ten onrechte buiten beschouwing gelaten. In dit artikel wordt na een uiteenzetting van de procedure en het arrest van de Hoge Raad een meer algemene beschouwing gegeven over toerekenbaarheid van de tekortkoming bij koop, waarbij met name wordt ingegaan op de vraag of het gebrek aan wetenschap bij de verkoper ten aanzien van de 'kwaliteit' van het verkochte voor de verkoper een verweer vormt. Naast beschouwingen over huidig BW wordt ook veelvuldig gerefereerd aan het oud BW. Het oud BW immers kende de speciale verborgen gebrekenregeling, een regeling die pas per 1 januari 1992 is afgeschaft en dus wanneer de koop vóór 1992 was gesloten nog van toepassing zou zijn geweest. De opbouw van dit artikel is als volgt. Eerst worden casus en de procedure bij de Hoge Raad besproken. Vervolgens worden enkele opmerkingen gemaakt over de begrippen tekortkoming en de toerekenbaarheid van de tekortkoming. In de nummers 4 en 5 komt de verplichting van de verkoper tot vrijwaring ('in staan voor') naar oud en huidig recht aan de orde. De nummers 6-8 zijn gewijd aan de parlementaire geschiedenis van artikel 7:24 en de discussies in de literatuur over de aansprakelijkheid van de verkoper die niet op de hoogte is van de gebrekbaarheid van het verkochte. In de nummers 9 e.v. tenslotte wordt de aansprakelijkheid van de verkoper van een (ras)hond nader bezien, waarbij een bespreking van jurisprudentie.

### 2. Casus en procedure, overwegingen Hoge Raad

In de inleiding schetste ik al kort de casus. De koper van een jonge hond vordert van de verkoopster de kosten die gemoed waren met het verhelpen van de heupdysplasie waaraan de hond bleek te lijden. In hoger beroep bij de rechtbank is de koper succesvol.<sup>2</sup> De

rechtbank was van oordeel, kort samengevat, dat de hond wegens heupdysplasie niet geschikt was voor normaal gebruik, dat de hond ten tijde van aflevering al niet aan de overeenkomst beantwoordde en dat de verkoperster derhalve tekort was geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Na een overweging over de vraag of de koper niet zijn schadebeperkingsplicht geschonden had, quod non, concludeerde de rechtbank dat de verkoopster, die 'toerekenbaar tekort was geschoten door een gebrekkige hond te leveren', de gelede schade diende te vergoeden.

In cassatie wordt het oordeel dat de verkoopster *toerekenbaar* was tekort geschoten aangevochten. Van belang is het verweer dat in lagere instantie gevoerd werd. De verkoopster had gesteld dat de ziekte haar niet verweten kon worden, en dat zij alle jonge honden had laten onderzoeken door haar dierenarts en er geen sprake van gebreken was. Het cassatiemiddel treft doel. De Hoge Raad geeft de belangrijkste overweging: 'Het gaat te dezen om een vordering tot schadevergoeding. Daarop zijn, voorzover hier van belang, art. 6:74 lid 1 en 75 BW van toepassing. Hieruit volgt dat Brok niet tot schadevergoeding gehouden is, indien de tekortkoming haar niet kan worden toegerekend. De Rechtbank heeft van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven door te oordelen dat het enkele feit dat de afgeleverde zaak niet beantwoordde aan de overeenkomst, tot aansprakelijkheid van Brok voor schadevergoeding leidde, en stilzwijgend voorbij te gaan aan hetgeen Brok had aangevoerd ten betoeg dat de tekortkoming haar niet kon worden toegerekend.' De rechtbank had dus, uitgaand van een tekortkoming, via de *toerekening* van de tekortkoming moeten ingaan op de vraag of mevrouw Brok schadeplichtig was, simpel gezegd: de rechtbank had moeten ingaan op de vraag of de verkoopster een beroep kon doen op 'overmacht'.

### 3. Tekortkoming en toerekenbaarheid

Kan de koper van een hond, waarbij later heupdysplasie wordt geconstateerd, de kosten van een operatie, nodig om het gebrek te verhelpen, op de verkoper verhalen? Een simpele vraag kan aanleiding geven tot uitvoerige beschouwingen over centrale juridische begrippen, zoals tekortkoming en overmacht (niet-toereken-

<sup>1</sup> Zie over het arrest ook M.H. Wissink in *Bb* 1998/6, p. 67 en W.L. Valk in *NbBW* 1998/6, p. 72. Zie ook D. Boon, 'Verborgen gebreken bij huisdieren: het nieuwe recht', *Tijdschrift voor Diergeneeskunde* 1999, p. 216; I. Boissevain en J. Deckers, 'Hoge Raad scheidt kaf van koren', *De Hondenwereld* april 1998, ook in *Labradorpost* april 1998.

<sup>2</sup> In de procedure bij het kantongerecht was de vordering afgewezen omdat niet was vastgesteld dat de hond aan heupdysplasie leed en wanneer dit was ontstaan, zie de conclusie om onder 3.

bare tekortkoming).<sup>3</sup> Ik beperk mij hier tot een korte opmerking over de toerekenbaarheid van de tekortkoming in verband met ontbinding en besteed verder aandacht aan 'overmacht'.

In de procedure was niet betwist dat de geleverde hond niet aan de overeenkomst beantwoorde in de zin dat de hond niet de eigenschappen bezat die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Er was dus sprake van 'tekortkoming'. In het overeenkomstenrecht in het huidige BW is 'tekortkoming' een centraal begrip. Tekortkoming speelt een rol bij zowel de schadevergoedingsplicht als bij de ontbinding. Voor schadevergoeding moet de tekortkoming toerekenbaar geweest zijn. Bij een tekortkoming kan worden ontbonden, ongeacht of deze toerekenbaar was.

Door middel van het begrip tekortkoming worden risico's toegedeeld. Bezien vanuit de rechtsgevolgen leidt dit tot het volgende. Bij tekortkoming kan de koper alsnog nakoming vorderen, een punt dat onder nummer 13 nog apart wordt behandeld. Tekortkoming is in beginsel voldoende reden voor ontbinding. Bij ontbinding wegens tekortkoming bevrijdt de koper zich van de verplichting zelf te presteren (betaling koopsom).<sup>4</sup> Indien al betaald is kan de koopprijs worden teruggevorderd en het geleverde worden teruggegeven. In de concrete zaak betekent dit dat de koper de hond mag teruggeven en de verkoper de koopprijs moet terugbetalen. Door het begrip tekortkoming wordt dus via de ontbinding het risico van het 'gebrek' verdeeld: het risico wordt bij de koper gelaten of bij de verkoper teruggelegd.

Het is goed om er op te wijzen dat het begrip 'tekortkoming' ook toerekenings-elementen bevat. In artikel 7:17 BW gaat het over de verwachtingen die de koper mag hebben, geconcretiseerd in de wettelijke regel dat de koper in ieder geval mag verwachten dat het gekochte geschikt is voor normaal gebruik. De tijd dat bij de koop van een specijs-zaak geen eisen aan het verkochte werden gesteld en de verkoper kon menen dat hij door het verkochte te leveren aan zijn verplichtingen had voldaan ligt achter ons.<sup>5</sup> Is bij het oordeel dat het verkochte non-conform is en de koper dus kan ontbinden geen sprake van 'toerekening'? Wat is het verschil tussen de toerekening van de tekortkoming in het kader van ontbinding (art. 6:265 e.v.) en toerekening in het kader van schadevergoeding (art. 6:74 e.v.)? De Hoge Raad moest in de heupdysplasie-zaak oordelen over het beroep van de verkoper op 'overmacht', de niet-toerekenbaarheid van de tekortkoming in het kader van de schadevergoedingsplicht.<sup>6</sup> Uitgaand van een tekortkoming, is de vraag van de aansprakelijkheid van de verkoper in de context van de artikelen 6:74 lid 1 en 75 BW geplaatst. Bij 'overmacht' denkt men in het algemeen aan een na het ontstaan van de verbintenis ingetreden verandering.<sup>7</sup> Bij koop gaat het dan meestal om de verplichtingen tot overdragen van eigendom en aflevering, met name de situaties waarin de verkoper door 'overmacht' deze verplichting niet of niet tijdig nakomt, denk aan het voorbeeld van zeldzame goederen die zijn vergaan en niet meer nabesteld kunnen worden, de dichtvriezende havens, het uitvoer- of invoerverbod, etc. In de casus van de heup-

dysplasie ging het over overmacht en het instaan voor de kwaliteit van het verkochte.

Bestaat overmacht ter zake van non-conformiteit' (levering van zaken die kwalitatief niet aan de overeenkomst beantwoorden) wel?<sup>8</sup> Ik wijk op een passage in Asser-Hijma: 'Het komt mij voor dat bij een geconstateerde nonconformiteit in de zin van art. 7:17, welk artikel tot genuanceerde afwegingen dwingt waarbij reeds zeer vele omstandigheden van het geval de revue passerend (nr. 335 e.v.), de aanwezigheid van dit soort gebreken in beginsel krachtens verkeersopvattingen voor risico van de verkoper zal komen, maar dat uitzonderingen denkbaar blijven'.<sup>9</sup>

3 Bij de te bespreken begrippen zou men ook nog 'garantie' kunnen voegen. Ik volsta met de constatering dat de begrippen tekortkoming (bij koop: non-conformiteit) - garantie - overmacht onlosmakelijk zijn verbonden. In een opvatting waarin men conformiteit ruim ziet, is er minder plaats voor garanties en zal ook minder snel een beroep op overmacht gedaan kunnen worden. Op de relatie tussen conformiteit en garanties kan ik verder niet ingaan, zie hierover onder meer P. Klik en A.H.E.M. Wijers, 'Dwaling, conformiteit en garantie: vervagende grenzen in het kooprecht', *TvC* 1995, p. 77.

4 Zie Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 436.

5 Zie hierover onder meer G.B.A. Paquay, *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht* (diss. RUU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992. Wissink merkt naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad terecht op dat het conformiteitsvereiste aan de verkoper een verplichting oplegt met betrekking tot omstandigheden die hij niet steeds in zijn macht heeft, zie *Bb* 1998/6, p. 67.

6 Bij kwesties als de verkoop van onroerend goed dat verontreinigd blijkt te zijn is dit uiteraard bijzonder van belang.

7 Hoezeer tekortkoming en toerekenbaarheid van de tekortkoming in elkaar overlopen blijkt mijns inziens ook uit de conclusie van A-G Hartkamp. Zie verder uitvoeriger onder nr. 15.

8 Zie Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 432 ('Grosso modo kan ook naar het nieuwe recht van een verhandingsprincipe worden uitgegaan.') Zie over de reden waarom deze term in het BW niet gebruikt is *PG Boek* 6, p. 263. Als verhanding kan ook gelden een bij het sluiten van de overeenkomst reeds aanwezige verandering, maar deze zal in het algemeen als voorzienbaar voor rekening van de debiteur zijn. Zie over overmacht ook A.J. Goedmakers, *Overmacht bij overeenkomst en onrechtmatige daad* (diss. EUR), Arnhem: Gouda Quint 1998.

9 Non-conformiteit omvat alle tekortkomingen, dus bijvoorbeeld ook niet-tijdige levering. In dit artikel beperkt de bespreking van non-conformiteit zich tot de levering van zaken die kwalitatief niet aan de overeenkomst beantwoorden. De term 'non-conform' wordt soms in die beperkte zin gebruikt.

10 Een bespreking van de geschiedenis van de art. 6:74 en 75 en de aan (het stelsel van) het huidige BW ten grondslag liggende gedachten op het gebied van inhoud van de overeenkomst en van 'overmacht' voert te ver. Ik volsta met te verwijzen naar E.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 174 e.v.

11 Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 436. Hijma heeft overigens gelet op de voorbeelden die hij geeft met het oog op industrieel vervaardigde producten. Zie ook Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 428 e.v., waar ten aanzien van de verschillende verplichtingen van de verkoper uitgewerkt wordt wat overmacht inhoudt.

Hijma verwijst naar de verkeersopvattingen. De conformiteitsnorm kan ook worden gezien als een wettelijke kwaliteitsgarantie, vergelijk het oude recht, waarin in de wet (art. 1542 oud BW) was bepaald dat de verkoper moest 'instaan voor' de kwaliteit van het geleverde. In die visie zou de tekortkoming toerekenbaar zijn krachtens de wet, zie de formulering van artikel 6:75, waarin wordt bepaald dat de tekortkoming niet toerekenbaar is indien zij niet 'krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt'.<sup>12</sup> Het wettelijk karakter van de kwaliteitsgarantie laat ik hier verder rusten.

Ook kan opgemerkt worden dat met het toerekenen van (de oorzaak van) de tekortkoming ter beantwoording van de vraag of de verkoper schadeplichtig is men wel heel erg dicht bij de vraag van causaliteit komt.<sup>13</sup>

Kunnen in de casus van de hond de medische kosten de verkoper worden toegerekend? In het moderne causaliteits-denken worden diverse factoren bij de bepaling van de reikwijdte van de aansprakelijkheid/schadeplicht van belang geacht. Genoemd kunnen worden schuld, soort schade en de professionaliteit van de aansprakelijk gestelde.<sup>14</sup> Met behulp van deze factoren kan men, uitgaand van tekortkoming, tot een toerekening van schade komen. Zou een systeem waarin bij tekortkoming de koper al zijn rechten geldend kan maken, inclusief een recht op volledige schadevergoeding, bevestigd door de causaliteitsoorerekening van artikel 6:98 BW, niet simpeler zijn?<sup>15</sup>

Het beroep op 'overmacht' in verband met de verplichting een zaak te leveren die beantwoordt aan de overeenkomst (conformiteit) en de betekenis van de onwetendheid van de verkoper is - vreemd genoeg - in de literatuur of rechtspraak nauwelijks aan de orde is geweest,<sup>16</sup> reden om op een aantal aspecten uitvoerig in te gaan. Centraal thema is in hoeverre de verkoper moet 'instaan voor' de gebreken van het verkochte, ook wanneer de verkoper van deze gebreken niet op de hoogte was of kon zijn.

#### 4. Oud recht: de verplichting van de verkoper tot vrijwaring ('instaan voor')

Eerder refereerde ik al aan artikel 1542 oud BW. Hoe was precies de wettelijke regeling? Onder het oude recht gold voor de verkoper een strenge verplichting tot 'vrijwaring'. Voor wat betreft de 'vrijwaring' voor verborgen gebreken bepaalde artikel 1542: 'Hij moet voor de verborgen gebreken instaan, al ware hij daarvan ook zelf onkundig geweest, ten zij hij, in dat geval, bedongen had dat hij tot geene vrijwaring hoegenaamd zoude gehouden zijn.' (mijn curs., PK) Uiteraard moet in de beschouwing worden betrokken dat het ging om een beperkte aansprakelijkheid in de zin dat de koper slechts teruggave van de koopprijs (*actio redhibitoria*) of prijsvermindering (*actio quanti minoris*) kon vorderen.<sup>17</sup> Voor een vordering van gevolgschade was op grond van artikel 1544 oud BW kwade trouw vereist:

'Indien de verkoper de gebreken van het goed gekend heeft, is hij, behalve tot teruggave van den daarvoor ontvangen koopprijs, nog jegens den koper tot vergoeding van alle kosten, schaden en interessen gehouden.'

Artikel 1545 bepaalde wel dat de verkoper die het verborgen gebrek niet had gekend de koopprijs moest terugbetalen en 'de kosten op den koop in de levering gevallen' moest vergoeden.<sup>18</sup> Voor volledige schadevergoeding was naar oud recht dus kwade trouw vereist. De constatering dat er weinig is geschreven over overmacht en de verplichting van de verkoper 'in te staan' voor de deugdelijkheid van het geleverde gaat ook voor oud recht op. Raadpleging van de handboeken<sup>19</sup> en dissertaties levert geen uitgebreide beschouwingen op. Voor oudere dissertaties kan worden verwezen naar Van Sasse van Jsselt (1862), waar dit aspect eigenlijk nog het best tot uitdrukking komt bij de bespreking van het Romeinse recht en in de vraag van de exonera-

12 Zie in die zin eerder een annotatie van mijn hand bij een bodemverontreinigingszaak, Rb. Harlingen 24 mei 1995, *TMA* 1996, p. 11 (m.n. Klik), inzake *De Vries - Gemeente Harlingen*.

13 Zie echter Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 468, p. 364, waarin gesteld wordt dat de causale toerekening van art. 6:98 niet mag worden verward met het toerekenbaarheidsbegrip van art. 6:75, dat op de toerekening van de tekortkoming betrekking heeft en 'een gepasseerd station is op het moment waarop de schadevergoedingsafdeling ter hand wordt genomen'.

14 Zie Asser-Hartkamp 4-1 (1996) nr. 434; J.M. van Durné, *Verbintenisrecht* Deel 2, Deventer: Kluwer 1997, p. 314, met verdere verwijzingen.

15 Köster wees in zijn noot bij de Warme-drank automaten en Wasautomaten - arresten, *AA* 1971, p. 440, al op de beperking van de aansprakelijkheid die ligt in (het 'voorzienbaarheidsvereiste' van) de causaliteit, p. 453. Valk merkt op dat wie bedenkt dat de kosten waarvan de koper vergoeding vraagt een veelvoud van de koopprijs beliepen, de beslissing van de Hoge Raad zal kunnen billijken, zie a.w., p. 72. De opmerking illustreert mijns inziens het moeilijke onderscheid tussen het toerekenen van de tekortkoming en het toerekenen van de schade.

16 Zie Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 436, eerste zin: 'Omtrent de vraag in hoeverre een verkoper een beroep op overmacht zal kunnen doen ter zake van nonconformiteit bestaat weinig duidelijkheid.' Zie ook de summier meldingen in de conclusie van A-G Hartkamp. Zie recent Goedmakers, a.w., p. 149 e.v.

17 De actio redhibitoria was een speciale vorm van ontbinding, naar huidige BW is voor ontbinding 'toerekenbaarheid' van de tekortkoming ook niet vereist, zie art. 6:265, zodat ook en nieuw recht op dit punt gelijk zijn. De actie voor prijsvermindering ligt iets ingewikkelder, zie over prijsvermindering en ontbinding uitvoerig T. Hartlief, *Ontbinding* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1994, zie met name p. 192-194; daarnaast kent het BW bij dwaling in art. 6:230 een speciale regeling (vgl. ook, hier minder van belang, art. 3:54).

18 Zie over de reikwijdte van dit begrip Asser-Schut V-1 (1981) p. 174-175, en zie uitvoerig de nog te bespreken oudere dissertaties. Zie voor Belgisch recht (art. 1646 BW) F. Vranken, *Koop en ruil van dieren*, Gent: E. Story - Scientia (1979) nr. 133-134. Overigens was nog in het ontwerp NWW voorzien dat de consumptiekoper slechts deze kosten op de (detailist-) verkoper zou kunnen verhalen, zie de bespreking van het ontwerp onder nr. 6; pas in 1986 werd dit gewijzigd.

19 Kamphuisen stelt in Asser-Kamphuisen (1960) zeer kort: 'Of de verkoper van het gebrek op de hoogte is geweest of niet, is voor zijn aansprakelijkheid op zichzelf onverschillig.' (p. 100), met verwijzing naar art. 1542 oud BW. In kleine letters voegt hij hieraan toe: 'De wetgever schijnt van het beginsel te zijn uitgegaan, dat de verkoper degene is, die zijn zaak het best moet kennen en heeft hem dus tot vrijwaring gehouden verklaard, ook al is hij volmaakt te goeder trouw. Alleen ten aanzien van zijn verplichting tot schadevergoeding maakt het verschil: art. 1544 B.W.' Zie al even kort Pilo 3A (1979) p. 39. Zie nauwelijks uitvoeriger Asser-Schut V-1 (1981) p. 173-174, waar overmacht ('bevestigende omstandigheden') bij koop in enkele pagina's wordt afgedaan, waarbij eigenlijk alleen de internationale koopverdragen aan de orde komen.

tie te goeder trouw, en Lee (1889), die uitvoerig ingaat op het Romeinse recht en vervolgens uiteenzet dat de goede trouw wel van belang is voor de schadevergoeding (de meeste aandacht gaat hierbij uit naar de reikwijdte van art. 1545 oud *bw*) en voor de mogelijkheid zich te exonereren.<sup>20</sup> In deze periode is er nog veel belangstelling voor het Romeinse recht.<sup>21</sup>

In 1926 was de wettelijke regeling van wanprestatie bij koop onderwerp van bespreking tijdens de jaarvergadering van de NVJ. In zijn preadvies stelde Nauta ten aanzien van de eis van kwade trouw voor volledige schadevergoeding *zeer to the point* dat indien men aanneemt, dat de verkoper verplicht is een zaak zonder gebrek te leveren, de vordering van de koper in feite gegrond is op niet-nakoming en dat de wet in de wanprestatie-regeling de schadevergoedingplicht niet van kwade trouw afhankelijk stelt.<sup>22</sup> Overigens kwam gevolgschade bij Nauta ook niet duidelijk uit de verf.<sup>23</sup> In de dissertaties daterend uit deze eeuw komt het onderwerp schadevergoeding iets uitvoeriger aan de orde. Kuijk heeft in zijn dissertatie *Vrijwaring bij koop* (1918) de regel verdedigd dat de verkoper steeds aansprakelijk is, zodat op die manier het bedrog in de handel wordt tegengegaan.<sup>24</sup> Van Doorninck neemt bijna een halve eeuw later in zijn dissertatie *Het verborgen gebrek en de handel in dieren* (1954) een tegenovergesteld standpunt in: de bona fide handelaar mag niet de dupe worden. De voor de koper gunstiger regeling in het Franse recht wijst Van Doorninck af.<sup>25</sup> Zie overigens wel zijn visie op een *wenselijke* wettelijke regeling, waar hij zegt:

'Ik acht het wel degelijk gewenst, dat onze wetgever vaststelt, dat de verkoper – ook als hij onkundig is van het gebrek – de gevolgen moet dragen voor gebreken van het verkochte, die de koper, om welke reden dan ook, voor of bij het totstandkomen der koopovereenkomst, niet heeft kunnen ontdekken en welke gebreken dan van een zodanige aard moeten zijn, dat had de koper deze gekend, hij of niet gekocht zou hebben of wel een lagere koopprijs zou hebben gegeven. Dit criterium aan te leggen voor het gebrek lijkt mij wel juist.'<sup>26</sup>

Het is niet duidelijk of Van Doorninck echt bedoelt dat de verkoper aansprakelijk zou moeten zijn voor alle gevolgschade.<sup>27</sup>

Opvallend is dat in de literatuur bij de behandeling van artikel 1544 oud *bw* niet gepreciseerd wordt om welke schade het gaat (dit in tegenstelling tot de uitvoerige betogen over schade als bedoeld in art. 1545); een voor de hand liggend voorbeeld als besmetting van de andere dieren wordt niet genoemd, noch worden termen als 'bedrijfschade' of 'gevolgschade' gehanteerd.

Onder het oude recht was in de verborgen gebreken-regeling de onwetendheid van de verkoper dus toerekenbaar in die zin, dat er voor de verkoper sprake was van een risico-aansprakelijkheid, waarbij de aansprakelijkheid echter beperkt was tot de waarde van de transactie. De aandacht richtte zich bij schadevergoeding vrijwel geheel op de vraag wat onder 'de kosten op de koop en levering gevallen' (art. 1545) moest worden begrepen; gevolgschade in brede zin komt niet echt aan de orde.

## 5. Huidig recht: de verplichting van de verkoper tot vrijwaring ('instaan voor')

Niet de verkoop van dieren, maar de verkoop van massa-producten is in de afgelopen decennia aanleiding geweest voor aandacht voor de fundamentele vragen van aansprakelijkheid van de verkoper en het 'instaan voor gebreken'. Bij de ontwikkeling van produktaansprakelijkheid ging (voordat de discussie vooral in de context van de Europese richtlijn produktaansprakelijkheid werd geplaatst) de aandacht vooral uit naar de relatie (bij ontbreken van een contract gezien als gebaseerd op onrechtmatige daad) tussen producent - koper, maar de relatie koper - verkoper kwam ook aan de orde. Een belangrijke bijdrage in dit verband is bijvoorbeeld de noot van Köster (1971) bij de *Warme drankautomaten* en *Wasautomaten*-arresten.<sup>28</sup> Het probleem van het 'wederzijds verborgen gebrek' werd door hem als volgt geschetst: 'Wanneer nu echter, ondanks goede zorgen van de verkoper, de geleverde zaak een volledig verborgen gebrek heeft, wie moet dan de daaruit voortvloeiende stropen dragen? Wat is hier de juiste regel? Die vraag is moeilijk want bij een schade veroorzaakt door een volledig verborgen gebrek zoekt men tevergeefs naar een duidelijk of schijnbaar duidelijk liggende verantwoordelijkheid van één der partijen. Het gaat hier om al of niet moeten dragen van de risico's voortvloeiende uit een voor beide partijen onverwachte, en vaak aan toe-

val te wijten gebeurtenis... het zich openbaren van een volledig verborgen gebrek.'<sup>29</sup>

Köster laat drie oplossingen de revue passeren: 'caveat emptor', 'caveat venditor' en de middenweg van beperkte aansprakelijkheid. Als uitgangspunt van het geldende recht gold volgens Köster dat de verkoper ook bij 'schuldloze gebreken' aansprakelijk was.<sup>30</sup> Het betoog van Köster is voornamelijk gericht op ontwikkeling van produktaansprakelijkheid, op de relatie fabrikant - detaillist - koper, en in dat verband bepleit Köster de verkoper niet aansprakelijk te houden voor hem onbekende gebreken, waarbij met name de (on)mogelijkheid van regres op de producent voor hem een belangrijk argument is.<sup>31</sup>

In de kooptitel van Boek 7 is de algemene vraag of de verkoper in geval van non-conformiteit een beroep kan doen op niet-toerekenbaarheid niet geregeld. Om het vereiste van toerekenbaarheid ook bij koop te laten gelden is, gelet op de gelaagde structuur van het *bw*, een specifieke wetsbepaling in Boek 7 uiteraard ook niet nodig. De kooptitel kent voor de *consumentenkoop* in artikel 7:24 echter wel een speciale regeling van de aansprakelijkheid van de verkoper. De geschiedenis van artikel 7:24 geeft een weinig verhelderend beeld ten aanzien van de aansprakelijkheid van de verkoper bij consumentenkoop en van de aansprakelijkheid van de verkoper in het algemeen (dat wil zeggen: buiten consumentenkoop). Gelet op het belang van de kwestie is het nuttig om nog eens aandacht te besteden aan de parlementaire behandeling van artikel 7:24, om te zien wat bij het concipiëren van deze regeling de gedachten waren over de reikwijdte van het 'instaan voor', met andere woorden over de 'toerekenbaarheid' van de tekortkoming van de verkoper.<sup>32</sup>

## 6. De parlementaire geschiedenis van artikel 7:24 BW

De discussie tijdens de parlementaire behandeling maakt een moeizame indruk. Pas in een zeer laat stadium werden de contouren van de huidige regeling voldoende duidelijk. Met name de afstemming met de Richtlijn produktaansprakelijkheid zorgde voor de nodige problemen, waarbij de kwestie van de franchise onevenredig veel aandacht kreeg.<sup>33</sup> De discussie vertoont dan ook vaak trekken van een worsteling om inzicht te krijgen in de materie in plaats van een afgewogen oordeel over een van meet af aan duidelijke regeling. Het verbaast dan ook niet dat aan het eind van de rit de Eerste Kamer nog eens om een toelichting vroeg, daarbij aantekendend dat 'de toekomstige gebruiker van de wetsgeschiedenis in de veelheid van wat geopperd, gezegd, geïnterpreteerd en voorgesteld is, spoedig het spoor bijster zal raken'.<sup>34</sup>

In het Voorontwerp inzake de consumentenkoop (1978) was de aansprakelijkheid van de (detaillist-)verkoper jegens de consument-koper (behoudens de in het artikel aangegeven uitzonderingen) nog *beperkt* tot de kosten 'op de koop en de overdracht gevallen'.<sup>35</sup> Slechts in geval van de in het artikel vermelde uitzonderingen (de verkoper kende de gebreken, de verkoper had de zaken zelf ingevoerd, aan de zaak ontbrak een eigenschap die door de verkoper was toegezegd, vergelijk ook thans art. 7:24, en de koop van gebruikte za-

ken en dieren) was de verkoper dus wel aansprakelijk, zij het dat voor deze aansprakelijkheid de algemene regels van Boek 6 golden en het oordeel dus uiteindelijk aan de rechtspraak was overgelaten.<sup>36</sup> Het Voorontwerp werd door de regering in 1981 overgenomen, waarbij de beperkte aansprakelijkheid van de verkoper verdedigd werd.<sup>37</sup>

De discussie kwam, toen eenmaal op 25 juli 1985 de tekst van de Richtlijn produktaansprakelijkheid was vastgesteld, bijna geheel in het teken van deze regeling te staan.<sup>38</sup> In 1986 kwam er een voorstel voor een nieuw lid 2, waarin echter nog geen regeling voor de kwestie van de franchise. Bij de wijziging werd lid 1 ook herzien. Vastgehouden werd aan de regeling waarbij de verkoper aansprakelijk was voor de kosten 'op de koop en overdracht gevallen', echter dit keer *overvinderd* de rechten van de koper op grond van Boek 6.<sup>39</sup> In de Toelichting werd uitdrukkelijk vermeld dat de kosten 'op de koop en overdracht gevallen' vergoed werden ongeacht de toerekenbaarheid van de tekortkoming.<sup>40</sup> Voor andere schade was nu dus wel in vergoeding voorzien, maar gold de eis van toerekenbaar-

20 H.J.L. van Sasse van IJssel, *Over de verplijting des verkoopers tot vrijwaring wegens verborgen gebreken*. (Art. 1540 - 1548) (diss. Leiden) Leiden: J.W. van Leeuwen 1862, en O.J. Lee, *Over de aansprakelijkheid des Verkoopers voor de verborgen gebreken der verkochte zaak* (diss. Leiden) Leiden: J.J. Groen 1889.

21 Zie over Romeins recht ook uitvoerig A.H. Kuipers, *Aansprakelijkheid voor verborgen gebreken in het Romeinse recht* (diss. Amsterdam UvA) Amsterdam: A.H. Kruyt 1918. Zie verder ook Asser-Schut V-1 (1981) p. 156-162, Asser-Hijma 5-1 (1994) p. 282-285, en zie recent voor een overzicht van Romeins recht R. Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon 1996 p. 305-337.

22 G. Nauta, 'Voldoet de bestaande rechtstoestand ten aanzien van de gevolgen van wanprestatie bij koop aan redelijke eischen? Zou neen, welke wijziging behoort naar aanleiding hiervan in de wet worden gebracht?', *Handelingen NVJ 1926*, I (tweede stuk), p. 58-59.

23 Zie p. 57-58, zie ook ter vergadering p. 171-173, met name p. 173.

24 G.H.J. Kuijk, *Vrijwaring bij koop* (diss. Leiden) Leiden: Battefje & Terpstra 1918, p. 243-244. Zie hierover ook J.C. van Oven, *Over de betekenis der historische beoefening van het Romeinse Recht voor de studie van het hedendaagse privaatrecht*, rede Leiden 1925, p. 15-16. Zie over bedrog (van de marktkooplieden) ook R. Zimmermann, *a.w.*, p. 311. Vgl. ook Asser-Schut V-1 (1981) p. 162, zie ook Paquay, *a.w.*, p. 46-47.

25 J.L. van Doorninck, *Het verborgen gebrek en de handel in dieren* (diss. Utrecht) Wageningen: H. Veenman & Zonen 1954, p. 115-117.

26 Zie p. 173-174.

27 Zie ook zijn opmerking over schadevergoeding bij ontbinding, p. 174, waar hij ook niet aan gevolgschade gedacht lijkt te hebben.

28 Köster, noot bij *Warme-drink automaten* en *Wasautomaten* - arresten, *AA 1971*, p. 440. Zie vervolgens G.H.A. Schut, *Productenaansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, zie voor vermelding van eerdere literatuur p. 210-21.

29 p. 452. Köster wijst hierbij uitdrukkelijk op de mogelijkheid dat de zaak slechts reparabel is tegen hoge kosten en dat ernstige gevolgschade kan zijn ingetreden. Als voorbeeld van gevolgschade noemt hij de exploderende frisdrank flessen. Zie ook p. 451, waar hij er op wijst dat de nadelen van zeer uiteenlopende aard kunnen zijn, van een aanspraak op een kleine prijsreductie tot gevolgschade van 'vele duizenden gulden'.

30 Zie p. 449-450 en duidelijker nog p. 457-458 (de verkoper van een lekkende kruik is aansprakelijk, ook als de verkoper-detaillist geen enkel verwijt te maken valt). Zie ook zijn verwijzing naar risicoaansprakelijkheid op p. 453.

31 Zie p. 458. Zie vanaf p. 447, zie met name p. 459-460 waarin Köster in beeldende taal een 'moderne' wetgeving bepleit.

32 Zie ook Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 437, A.S. Hartkamp, *Vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 5e druk 1999, nr. 401.

33 Vgl. in dit verband de opmerkingen van Köster, *a.w.* Na een op produktaansprakelijkheid en op de vervalt termijn van art. 1547 *bw* (oud) toegespitst betoog stelt hij aan de orde hoe het komt dat in het privaatrecht sommige vragen zo lang 'doorzicken'. 'Met als gevolg dat de aanwezige juridische energie grotendeels wordt verbruikt door in wezen nuttelos getwist over de uitleg van het onduidelijke en verouderde positieve recht, terwijl een behoorlijke herziening, opgezet vanuit een enigszins uitgebalancereerde visie, achterwege blijft', p. 460.

34 Zie *PG Boek 7*, p. 236, zie voor de toelichting p. 236-237. Vgl. D.W.F. Verkade, M.Ph. van Sint Truiden, J.F.C. Maassen, *Product in gebreke. Productenaansprakelijkheid naar Nederlands en E.E.G.-recht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1990, p. 94 die spreken van een 'chaotisch debat'.

35 Vgl. art. 1545 oud *bw*, waarnaar verwezen wordt in *PG Boek 7*, p. 160-161 en p. 187, zie ook p. 204. Vergoeding werd ook mogelijk gemaakt van de kosten die thans zijn vermeld in art. 6:96 lid 2 sub b en c, kortheidsshalve wordt dit in het volgende weggelaten.

36 Zie expliciet *PG Boek 7*, p. 161.

37 Zie *PG Boek 7*, p. 162-163 waar wordt ingegaan op de kritiek vanuit de cca. Zie ook p. 166, 168, 172.

38 Zie *PG Boek 7*, p. 166 e.v. Met name de toerekening van de franchise was een belangrijk punt, zie p. 177-178.

39 Zie *PG Boek 7*, p. 177.

40 *PG Boek 7*, p. 176, zie ook p. 180.

heid.<sup>44</sup> De wijziging werd slechts kort toegelicht, waarbij het voorbeeld werd genoemd van de huur van een gelijksoortige zaak gedurende de periode waarin een gekochte zaak wordt hersteld.<sup>45</sup>

Toen eenmaal duidelijkheid was gekomen in de vraag naar de effecten (verzekerbaarheid) van de aansprakelijkheid van de verkoper, werd in 1987 het voorgestelde lid 2 aangevuld met een regeling waarbij de verkoper voor de franchise aansprakelijk werd. De regering stelde dat de aansprakelijkheid in lid 2 beheerst wordt door de algemene regels van Boek 6, waarbij echter uitdrukkelijk werd aangetekend dat lid 2 onder c de toerekeningsmaatstaf van de artikelen 6.1.8.1 en 6.1.8.2 in die zin uitwerkte, dat vooraansprakelijkheid van de verkoper in beginsel niet vereist was dat de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen.<sup>46</sup> In de Toelichting werd hierbij aangetekend dat reeds op basis van 'huidig recht'<sup>47</sup> de verkoper van soortzaken in beginsel voor schade veroorzaakt door een gebrek in het product aansprakelijk is, ongeacht of hij het gebrek kende of niet.<sup>48</sup> Overigens werd er ook op gewezen dat geen sprake was van een absolute aansprakelijkheid, maar dat de verkoper nog bepaalde verweren had (schuld van een derde, bijvoorbeeld, of eigen schuld van de koper).<sup>49</sup> De minister nam in de discussie steeds het standpunt in dat de verkoper uit hoofde van zijn contract aansprakelijk was, en dat een contractuele aansprakelijkheid nu eenmaal verder gaat dan schuld-aansprakelijkheid.<sup>50</sup> De minister wilde deze aansprakelijkheid wettelijk vastleggen, waarbij hij met name het oog had op (risico-)aansprakelijkheid van de verkoper voor het franchise-bedrag.<sup>51</sup>

Als gevolg echter van een amendement (stuk nr. 17) van het CDA-Kamerlid Soutendijk-van Appeldoorn<sup>52</sup> (ingediend in 1988) is de huidige tekst van artikel 7:24 lid 1 aanvaard. De in de ontwerp-wetstekst expliciet vastgelegde aansprakelijkheid van de verkoper voor de kosten 'op de koop en de overdracht gevallen' werd geschrapt, met als motivering dat de aansprakelijkheid 'zonder dat er sprake is van toerekenbaarheid' niet redelijk werd geacht.<sup>53</sup> Door hetzelfde Kamerlid werd een amendement op lid 2 ingediend, waarin ook het verband werd gelegd met de afdelingen 6.1.8 en 6.1.9.<sup>54</sup> Ondanks aanvankelijk verzet van de minister nam hij na een uitvoerige gedachtenwisseling met de Kamercommissie uiteindelijk het amendement op lid 2 over.<sup>55</sup> De exacte bedoeling van de Kamer laat zich uit de parlementaire geschiedenis moeilijk destilleren. Voor wat betreft lid 1 krijgt men de indruk dat het betoog van de minister met betrekking tot de 'contractuele aansprakelijkheid' van de verkoper wel instemming vond, maar dat men toch behoefte had aan een duidelijker verband met Boek 6. Als concrete voorbeelden werd echter slechts gerefereerd aan de verweren die volgens de minister al onverlet waren gebleven, schuld van een derde of eigen schuld.<sup>56</sup> In verband met de franchise van lid 2 werd door Kamerlid Soutendijk-van Appeldoorn de mogelijkheid genoemd te differentiëren aan de hand van de aard van het contract:

'Bij de verkoop van flessen die later blijken te ontploffen, gaat het bijvoorbeeld om een dusdanig gering contract, dat het oordeel van de rechter over de eventuele

aansprakelijkheid voor de afgeschade anders zal zijn dan bij de verkoop van een groter en duurzamer gebruiksartikel, in welk geval het contract een veel substantieler belang heeft. Ook is van belang of de contractant een kleine detaillist is of een grote winkelketen. Voor Albert Heijn zal een andere toerekeningsmaatstaf worden gehanteerd dan voor de kleine winkelier op de hoek.'<sup>54</sup>

In de discussie werd verder niet uitgebreid ingegaan op lid 1. Het amendement op lid 1 (stuk nr. 17) werd zonder verdere discussie aangenomen; het amendement op lid 2 werd in een in technische zin aangepaste versie (stuk nr. 28) ook aangenomen.<sup>55</sup>

De geschiedenis kan kort worden samengevat als volgt: via een regeling in het Voorontwerp (1978) die naar huidige maatstaven voor de consument-koper veel te beperkt was kwam er een voorstel dat duidelijk meer consument-koper vriendelijk was (1986-1987), waaraan echter door amendering weer afbreuk werd gedaan. Er

41 *PG Boek 7*, p. 176. Uitdrukkelijk wordt bij de begrenzing van afd. 6.1.9 verwezen naar het oordeel van de rechter. Zie ook p. 181, p. 186 en p. 194. Uitdrukkelijk werd gesteld dat de verkoper aansprakelijk was op de voet van de algemene regels van de afd. 6.1.8 en 6.1.9 en art. 6.5.4.20 voor andere schade dan de kosten op de koop en de overdracht gevallen en de door afd. 6.3.3 (produktaansprakelijkheid) bestreken gevolgschade.

42 Zie *PG Boek 7*, p. 172 en 177.

43 *PG Boek 7*, p. 188, zie ook p. 193. Zie ook instemmend *PG Boek 7*, p. 197.

44 *PG Boek 7*, p. 180, zie voor verwijzingen naar de literatuur ook *PG Boek 7*, p. 208-209. De onzekerheid over 'huidig recht' bleef in de discussie een rol spelen. Zie *PG Boek 7*, p. 197, 199, 200, 203-204 en 205.

45 Zie *PG Boek 7*, p. 190-192.

46 Zie *PG Boek 7*, p. 191, zie ook p. 193. Zie de commentaren van de Kamerfracties, zie *PG Boek 7*, p. 195-208. Zie de reactie van het CDA op dit punt, p. 200-201. Zie verder met name het commentaar van Kamerlid Wolffensperger, p. 203-204, die duidelijk aangeeft wat de consequenties zijn als men niet een risico-aansprakelijkheid hanteert, zie ook op p. 217.

47 *PG Boek 7*, p. 207. Zie in dezelfde zin ook op p. 207: 'De verkoper is op dit moment wel aansprakelijk voor gevolgschade', en zie ook op p. 210. Zie de discussie met Kamerlid Wolffensperger op p. 223-229.

48 Zie *PG Boek 7*, p. 210, zie ook p. 224. Zie ook de opmerking van Hartkamp op p. 224. Zie ook de opmerking van De Vries Lentsch-Kostense op p. 225 en zie ook de minister op p. 227 en tot slot nog op p. 232.

49 Het CDA had tijdens de behandeling op dit punt consequent stelling genomen, zie *PG Boek 6*, p. 181 en p. 201.

50 Zie *PG Boek 7*, p. 194.

51 Zie p. 195. De toevoeging in de aanhef heeft, gelet op de inhoud van lid 2 onder a en b, alleen betekenis voor c (de franchise). De indienst van de amendementen leek blijkens de toelichting met name hieraan belang te hechten. Zie ook de uiteenzetting op p. 221-222. Voor zover het amendement beoogde exoneraties mogelijk te maken, zie de opmerking met die strekking op p. 218, is er strijd met art. 7:6 BW, zie ook de opmerkingen van Hartkamp, *PG Boek 7*, p. 220; de indienst sprak later slechts over 'toerekenbaarheid', zonder toerekenbaarheid krachtens rechtshandeling te noemen, zie p. 222.

52 Zie voor het verzet van de minister bijvoorbeeld *PG Boek 7*, p. 206, uitvoerig op p. 217-218, p. 230-231. De minister nam het amendement uiteindelijk over, zie *PG Boek 7*, p. 230, p. 232.

53 Zie *PG Boek 7*, p. 219, vgl. eerder de minister op p. 191, zie ook op p. 193.

54 Zie *PG Boek 7*, p. 221-222.

55 Zie *PG Boek 7*, p. 234-235.

is alle redenen om de afwijking in het voordeel van de koper uit te leggen, gelet op de weinig overtuigende onderbouwing van de amendering en de veranderende inzichten, waarbij toch in het algemeen wenselijk wordt geacht dat aan de koper een sterkere positie wordt toegedeed.

Het EEG-recht, de afstemming met de Richtlijn produktaansprakelijkheid, speelde niet alleen een belangrijke rol, maar zorgde ook voor onzekerheid. In de discussie speelde op de achtergrond de gedachte mee dat op de verkoper geen (te) zware aansprakelijkheid mocht rusten, omdat een regresactie van de verkoper op de producent in strijd zou komen met de Richtlijn, omdat dan immers de producent met een aansprakelijkheid zou worden belast waarvan de richtlijn hem juist wilde vrijwaren,<sup>56</sup> waarbij ook de vraag gesteld werd of het EEG-recht de mogelijkheid van contractueel regres van de verkoper op de fabrikant inperkte. Hierbij werd met name ook aan 'ontwikkelingsschade' gedacht.<sup>57</sup> De mogelijkheid van regres speelde steeds een belangrijke rol.<sup>58</sup> Zo kwam bijvoorbeeld de vraag aan de orde of de verkoper de aan de koper te vergoeden schade (franchise-bedrag) contractueel zou mogen verhalen op de producent. De verzekerbaarheid van de schade werkte blijkbaar niet geruststellend. Met name de CDA-fractie leek zich zeer te bekommeren om de (kleine) middenstand.

Rechtsvergelijking speelde in de discussie nauwelijks een rol. Ook in de literatuur waarnaar werd verwezen, werden rechtsvergelijkende argumenten nauwelijks genoemd. Met name verbaast het dat de aandacht niet gevestigd is op het Franse recht. In het Franse recht heeft zich de regel ontwikkeld dat de professionele verkoper per definitie van gebreken op de hoogte dient te zijn en dus aansprakelijk is voor gevolgschade.<sup>59</sup> Deze regel heeft in de beraadslagingen dus verder niet tot voorbeeld gediend.<sup>60</sup> Verder heeft men zich ook niet door het Anglo-Amerikaanse recht, de figuur van de 'warranty', laten inspireren, hetgeen in die zin verwoenselijk is, omdat deze toch in zekere zin in de 'conformiteits'-bepalingen van LUVI en het Weens Koopverdrag te herkennen is, bepalingen die weer model stonden voor artikel 7:17 BW.

In dit verband kan dan ook kort worden verwezen naar de LUVI en het Weens Koopverdrag. In het verdrag wordt 'overmacht' geregeld onder het hoofde 'exemptions', letterlijk genomen 'vrijstellingen' en vertaald als 'bevrijdende omstandigheden'. Op grond van artikel 79 is een partij niet aansprakelijk voor een tekortkoming ('a failure to perform any of his obligations') wanneer dit het gevolg is van *an impediment beyond his control*; dit criterium is ook te vinden in de Unidroit Principles (art. 7.1.7) en PECL (art. 3:108). In het Weens Koopverdrag is de gedachte van schuld ('fault') verlaten,<sup>61</sup> er is dus sprake van een risico-aansprakelijkheid, waarbij artikel 79 de ontsnapping biedt. De vraag is of de 'failure to perform' ook ziet op de 'gebrekkige' levering. De vraag wordt verdeeld beantwoord.<sup>62</sup> Discussiepunten zijn met name de betekenis van de verandering van de tekst in vergelijking met de LUVI. Met betrekking tot de LUVI was er discussie over de termen 'circumstances' en 'obstacle', waarbij de ge-

kozen term, 'circumstances' ook kon zien op gebrek aan schuld bij de verkoper (doorverkoop van gebrekkige producten, waarbij het gebrek niet onderkend kon worden) of veranderende omstandigheden; in het Weens Koopverdrag is gekozen voor *impediment*, zijnde een van buiten af komende verhindering.<sup>63</sup> Nicholas lijkt uit te gaan van toepasselijkheid van artikel 79 op gebreken in kwaliteit, maar geeft toe dat de voorbeelden van overmacht niet makkelijk te vinden zijn: 'The most obvious possibility is that of fraudulent concealment by a third party supplier.'<sup>64</sup> Volledigheidshalve moet hierbij worden aangetekend dat de verkoper bij 'overmacht' weliswaar niet aansprakelijk is voor gevolgschade, maar de koper wel prijsvermindering kan eisen, zie artikel 79 lid 5. Uiteraard gaat het bij het Weens Verdrag steeds om handel tussen professionals en worden bijna steeds (vervangbare) soortzaken verkocht.

## 7. Discussie in de parlementaire geschiedenis: contractuele of risicoaansprakelijkheid

De parlementaire geschiedenis is meer als een proces van gedachtenvorming dan als een eindoordeel te zien. Voor het punt dat hier van belang is, de 'toerekenbaarheid' van de onwetendheid, is opvallend dat de minister wél vanuit een duidelijke visie naar een heldere wette-

56 Zie *PG Boek 7*, p. 165, zeer expliciet op p. 173, p. 191, zie ook p. 196-197.

57 Zie *PG Boek 7*, p. 173, zie ook p. 182, 188, 192, 202, 217.

58 Zie over het belang van regres op de voorman ook J.M. van Dunne, *Verbintissenrecht deel 1*, Deventer: Kluwer 1997, p. 482-483. Zie over kanalisatie Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 443 e.v.

59 Zie J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil*, L.G.D.J.: Paris 1996, nr. 11313. Zie Köster, a.w., p. 454, verwijzend naar het rechtsvergelijkend overzicht van Van Gerven in *SEW* 1970, met name p. 277 (Köster verwees zelf in zijn beschouwingen verder vooral naar het Benelux-ontwerp en LUVI); Wachter in zijn noot bij HR 11 mei 1973, *NJ* 1974, 109 (m.n. bw); R. Overeem, *Consumentenkoop*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1976, p. 124; Asser-Schut V-1 (1981) p. 165.

60 Van Dunne heeft, het element van 'garantie' benadrukkend, bijvoorbeeld betoogd dat met de verborgen gebreken-regeling, mis correct toegepast, waarbij hij het Franse recht ten voorbeeld stelt, wel degelijk valt te leven, zie *Verbintissenrecht in ontwikkeling* Suppl. 1987, Deventer: Kluwer 1987, par. 3, p. 92, in de meest recente druk *Verbintissenrecht* (1997, deel 1) p. 409.

61 Ik volsta op dit punt met een verwijzing naar J. Honnold, *Uniform Law for International Sales*, Deventer: Kluwer (2nd ed. 1991) par. 427: 'The Convention thus is based on a unitary, contractual obligation to perform the contract and be responsible for damages - as contrasted with some legal systems that make liberal use of the idea of fault in dealing with liability for damages for breach of contract.'

62 Zie kort E. Degrootte in H. van Houtte e.a. (eds.), *Het Weens koopverdrag*, Antwerpen: Intersentia 1997, par. 7.98.

63 Het belang van de verandering in terminologie wordt verschillend beoordeeld, vgl. bijvoorbeeld Honnold, die meent dat hiermee duidelijk werd dat art. 79 niet van toepassing is op situaties van gebrekkige levering (zie par. 422, zie ook ook par. 423.3) met, zeer expliciet, Tallon in Bianca/Bonell (1987) Art. 79 par. 2.6.1, zie ook impliciet Tallon par. 2.4.2. die het debat over de terminologie onzin vindt en meent dat de discussie moet gaan over het 'external' karakter van de *impediment*.

64 Zie uitvoerig B. Nicholas, 'Force Majeure and Frustration', 27 *American Journal of Comparative Law*, p. 231 (1979). Zie voor het geciteerde p. 238, zie ook p. 240. Zie ook P. Schlechtriem (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (translated by G. Thomas), Oxford: Clarendon 1998, Art. 79 par. 12, 18 en 45.

lijke regeling streefde, maar vanuit de Kamer hiertegen verzet kwam en de behoefte bestond de zaak aan de rechter over te laten, zonder dat dit echter met veel duidelijke voorbeelden werd geïllustreerd. Zoals gezegd, heeft het standpunt van de Kamer op dit punt geprevaleerd. Gelet op de met de Kamercommissie gevoerde discussie is het interessant afzonderlijk de visie op de aard van de aansprakelijkheid van de verkoper weer te geven. De minister koos niet voor schuld- of risico-aansprakelijkheid, maar meer voor 'contractuele aansprakelijkheid' als een aansprakelijkheid *sui generis*.<sup>65</sup> De minister verwoordde, ondanks herhaald aandringen van Kamerlid Wolffensperger, grote aarzeling de term 'risico-aansprakelijkheid' te gebruiken.<sup>66</sup> Zie verder ook de minister: 'De vraag is gesteld of het hier gaat om een schuldansprakelijkheid of om een risico-aansprakelijkheid. Het antwoord op die vraag is: het gaat om geen van beide, want het gaat om een contractuele aansprakelijkheid. En een contractuele aansprakelijkheid gaat nu eenmaal verder dan schuldansprakelijkheid. Van een verkoper die uit hoofde van zijn verkoopcontract aansprakelijk is, hoeft niet te worden bewezen dat hij schuld heeft. Hij moet presteren waartoe hij zich verbonden heeft. Doet hij dat niet, dan is hij daarvoor aansprakelijk. Hij is niet aansprakelijk in die gevallen, waarin ingevolge de te regelen produktaansprakelijkheid de producent aansprakelijk is. Voor het overige handhaven wij in feite de situatie, zoals die ook in het huidige recht bestaat, waarin de verkoper uit hoofde van zijn contract aansprakelijk is.'<sup>67</sup>

Hoewel de benadering van de minister (een aansprakelijkheid *sui generis*) aanspreekt, heeft het gebruik van de term 'risico-aansprakelijkheid' een voordeel: ten onrechte worden in de contractuele context vaak bevrijdende omstandigheden aangevoerd die niet relevant zijn. Door het expliciet hanteren van de term 'risico-aansprakelijkheid' wordt de 'strengheid' van de aansprakelijkheid adequaat weergegeven.

De weergegeven discussie had strikt genomen alleen betrekking op de relatie tussen consument-koper en professionele verkoper, maar lijkt ook buiten die relatie van belang. Overigens is in de parlementaire geschiedenis wel uitgesproken dat bij andere koopovereenkomsten dan consumentkoop de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper ook beheerst wordt door de afdelingen 6.1.8 en 6.1.9.<sup>68</sup> In die zin is artikel 7:24 lid 1 overbodig en slechts te begrijpen vanuit de parlementaire geschiedenis.<sup>69</sup>

## 8. Standpunten in de literatuur

In de parlementaire geschiedenis werd meermalen verwezen naar de literatuur van destijds. Uit deze literatuur bleek geen duidelijk algemeen gedragen standpunt.<sup>70</sup> In 1979 vatten Hondius en Serraris-Perrick de stand van zaken als volgt samen:

'Ons inziens heeft de koper momenteel wel recht op vergoeding van de gevolgschade door de verkoper bij een genuskoopt (binnen de grenzen van 1283 BW). Ook de schrijvers gaan daar vanuit, al achten sommigen het minder wettelijk en pleiten zij voor de aansprakelijkheid van de producent.'<sup>71</sup>

In de latere literatuur vindt men ook weinig beschou-

wingen over de aansprakelijkheid van de verkoper wegens non-conformiteit en het beroep op overmacht.<sup>72</sup> G.J. Scholten wijst in zijn noot bij HR 13 juni 1980, *NJ* 1980, 474 (m.n. G.J. (Vabedo - Machinefabriek Plevier)) op het onderscheid tussen het geval dat de verkoper het gebrek kende (of behoorde te kennen) en de situatie waarin dat niet zo was (en er geen ook sprake van een garantie is). Scholten noemt dit een 'heel aanmerkelijk' onderscheid en stelt vervolgens dat de koper alleen recht heeft op schadevergoeding bij tekortkoming van de verkoper 'die hem kan worden toegerekend', zonder dit verder uit te werken. Nieuwenhuis (1986) legt in zijn annotatie bij het arrest *Staveniuter - Oosterbaan* (Occasion) de relatie met het nieuwe recht: 'Ondanks belangrijke verschillen in uitvoering berusten het huidige BW en het NBW op hetzelfde uitgangspunt: de verkoper is aansprakelijk voor gebreken in de geleverde zaak, ook zonder dat hem met betrekking tot dat gebrek enig verwijt tref.'<sup>73</sup>

Nieuwenhuis stelt de vraag: 'Waarom is het billijk de verkoper aansprakelijk te houden voor een gebrek waaraan hij geen enkele schuld heeft?' en zoekt vervolgens het antwoord in de kern van het contractenrecht: het 'quid pro quo' beginsel.<sup>74</sup> Hartkamp en De Boer merken (in het kader van een bespreking van art. 7:24) op: 'van toerekening kan ook sprake zijn indien de verkoper geen schuld heeft, bijv. omdat hij een zaak verkocht met een gebrek dat hij niet kon kennen.'<sup>75</sup> Castermans gaat ook in op het vereiste van 'toerekenbaarheid' voor schadevergoeding, daarbij echter duidelijk aangevend dat de enkele onwetendheid van de verkoper niet voldoende is voor een beroep op overmacht. Hij geeft vervolgens, in het kader van bodemverontreiniging, aan dat als de verkoper kan aantonen dat hij de vervuiling niet heeft veroorzaakt en dat hij gedurende zijn eigenaarschap de verontreiniging niet heeft ont-

dekt noch behoefde te ontdekken, een beroep op overmacht 'meer voor de hand ligt'.<sup>76</sup>

Paquay constateert in zijn dissertatie *Conformiteit en risico in het nieuwe kooprecht* (1992) dat de verkoper tegenwoordig een 'doorgefluik' is en vervolgt: 'Geen redelijk mens veronderstelt een concrete zorgplicht van de verkoper ten aanzien van de intrinsieke hoedanigheid van de door hem verkochte goederen. Men wil eenvoudig een goed resultaat voor de aan de contractspartij betaalde koopprijs. Maar dat is een eis die steunt op (de structuur van) het objectieve recht, op de gedachte dat aangegane verplichtingen moeten worden nagekomen door de schuldenaar, die in het algemene denken van de mensen is doorgedrongen.'<sup>77</sup> Paquay wijst hierbij uiteraard op de regeling van artikel 7:24.<sup>78</sup> Voor het nieuwe recht neemt hij een genuanceerd standpunt in, maar uit zijn betoog valt af te leiden dat hij bij niet-industrieproducten geen bezwaren heeft tegen aansprakelijkheid van de verkoper, met uitzondering echter voor de situatie waarin het gebrek ten tijde van de verkoop niet ontdekt kon worden.<sup>79</sup> Asser-Hijma 5-I (1994) begint met de volgende constatering: 'Omtrent de vraag in hoeverre een verkoper een beroep op overmacht zal kunnen doen ter zake van nonconformiteit bestaat weinig duidelijkheid.' Hijma maakt onderscheid tussen non-conformiteit die reeds ten tijde van het aangaan van de overeenkomst aanwezig was en later ontstane non-conformiteit. Bij non-conformiteit die later (tussen moment van sluiten van de koop en aflevering) ontstaat is er een 'open afweging'. Bij non-conformiteit ten tijde van de koop 'wordt het lastiger'; na de duidelijke gevallen (verkoper kende of behoorde het gebrek te kennen, verkoper heeft het zelf veroorzaakt, verkoper is producent) te hebben genoemd komt hij tot de conclusie (zie ook het eerder in nr. 3 geciteerde) dat dit in beginsel voor risico van de verkoper komt. Ontsnapping aan aansprakelijkheid acht hij wellicht mogelijk wanneer een 'kleine' verkoper tegenover een 'grote' koper staat.<sup>80</sup>

Kort en duidelijk is tenslotte Pitlo-Croes, met betrekking tot de casus van een huis dat geplaagd wordt door boktorren:

'Niet ter zake dienend is, dat de verkoper van het geknaag van deze insecten niet op de hoogte was. In zoverre houdt artikel 17 een garantie in voor de koper.'<sup>81</sup> In de literatuur is derhalve steun voor de opvatting dat bij onwetendheid van de verkoper in beginsel geen beroep op overmacht mogelijk is, maar bij de afweging wordt bepaald door het soort zaken dat is verkocht, de onderlinge verhouding van partijen, en de vraag of de verkoper verhaal kan zoeken bij de producent.

In de casus van de verkoop van de rashond is er voor de verkoper geen mogelijkheid van regres: de afweging is of het risico voor de koper is of voor de fokker. In het nu volgende wordt de aansprakelijkheid van de verkoper van een hond aan de orde gesteld, waarbij de begrippen tekortkoming en toerekenbaarheid worden toegepast op de concrete casus. De positie van de fokker, de verkoper, wordt daarbij nader bezien. Eerst echter aandacht voor de vraag of deze specifieke situatie, de koop van een (rash)hond, niet beter in bijzondere wetgeving zou kunnen worden geregeld.

## 9. Geen bijzondere wetgeving

Na al deze algemene beschouwingen over 'tekortkoming' en 'toerekenbaarheid' in het (koop)recht, wijs ik er op dat de aansprakelijkheid van de verkoper ook uit een bijzondere wetsbepaling zou kunnen voortvloeien. Nederland kent echter op het gebied van de aansprakelijkheid van de verkoper voor dieren geen uitgebreide afzonderlijke wetgeving. De Hoge Raad moest dus in deze zeer specifieke situatie, de verkoop van een hond, het algemene verbintnissen- en kooprecht toepassen. Bedacht moet worden dat de oude verborgen gebreken-regeling bij koop, waarover reeds uitvoeriger is gesproken, in feite bedoeld was voor de koop van zaken zoals vee. De dissertaties die in de loop der tijd over de verborgen gebreken-regeling zijn verschenen besteden ook uitvoerig aandacht aan de koop van dieren (vee). Zie bijvoorbeeld Van Sasse van IJssel (1862); Aquarius (1906) (toegesplitst op paarden); Kuijk (1918) (hoofdstuk VII); Van Doorninck (1954); zie ook het boek van Wagenaar (1973); zie voor België F. Vranken (1978).<sup>82</sup> De rechtspraak over de verborgen gebreken-regeling beperkte zich ook bijna geheel tot de verkoop van dieren.<sup>83</sup> Wanneer men naar het buitenlandse recht kijkt, valt op dat meer specifieke wettelijke regelingen voor de verkoop van dieren, met name paarden en vee, eerder regel dan uitzondering zijn.<sup>84</sup> Zo is bijvoorbeeld in België de regeling van de verborgen gebreken beperkt tot in de wetgeving genoemde dieren, waarbij de ziekten en gebreken worden opgesomd. De Belgische wettelijke regeling geldt voor 'huisdieren', waaronder worden begrepen paarden, ezels en muilezels en de huisdieren behorend tot het schapenras, het varkensras en het runderras.<sup>85</sup> In Frankrijk wordt in de wetgeving opgesomd voor welke ziekten de regeling geldt; de 'ca-

76 A.G. Castermans, 'Een (algemene) voorwaarde over bodemvervuiling', *M en R* 1991, p. 322 op p. 325, met verwijzing naar *PG Boek 7*, p. 190 en 236-237.

77 Paquay, a.w., p. 123.

78 Zie p. 124, zie ook p. 155, met verwijzing naar par. 6.7.2.4, p. 176 e.v.

79 Zie Paquay, a.w., p. 177 (over gevolgschade), zie ook over de onmogelijkheid het gebrek te ontdekken p. 129, met verwijzing naar de zaak van een dekstier, *Krg. Groningen* 11 september 1986, *PrG*, 2577 (1986).

80 Zie Asser-Hijma (1994) 5-I nr. 436. Hij relateert dit aan de problematiek van de verdeling tussen verkoper en fabrikant van de franchise bij produktaansprakelijkheid, zie art. 7:24 lid 2 sub c, zie verder Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 437.

81 Pitlo-Croes (1995) p. 7.

82 Van Sasse van IJssel, a.w.; Th.J.H. Aquarius, *De artt. 1540-1548 van het Burgerlijk Wetboek* (diss. Utrecht) Roermond: Roermondsche Stoomdrukkerij 1906; Kuijk, a.w.; Van Doorninck, a.w.; G. Wagenaar, *Verborgen gebreken bij dieren*, Utrecht: Oosthoek 1973. Zie voor België: F. Vranken, a.w.

83 Zie voor de oudere rechtspraak het kaartstelsel op de *NJ*. De rechtspraak gaat voornamelijk over vee en oude auto's, vgl. ook Asser-Schut V-I (1981) p. 170.

84 Zie voor een kort overzicht H.J. Breukink (red.), *Gerechtigde diergeneeskunde Koopwettens door (verborgen gebreken)*, Eerbeek: Media Boekproducties 1995, hoofdstuk 3; zie eerder Van Sasse van IJssel (1862) zie de bijlage p. 92 e.v.; Aquarius, a.w. Zie over buitenlandse recht ook Paquay, a.w., p. 54, 79, 165. Zie voor Belgisch recht uitvoerig F. Vranken, a.w.

85 Zie F. Vranken, a.w., p. 19, zie over andere huisdieren (honden, katten) nr. 276-280.

65 Zie *PG Boek 7*, p. 181 e.v.

66 Zie *PG Boek 7*, p. 223-229.

67 *PG Boek 7*, p. 207.

68 Vgl. *PG Boek 7*, p. 237, waar na een weergave van de regeling van art. 7:24 kort en bondig wordt gesteld: 'Het voorgaande had betrekking op consumentkoop. Bij andere koopovereenkomsten wordt de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper beheerst door de afd. 6.1.8 en 6.1.9.'

69 Zie Asser-Hijma 5-I (1994) nr. 443.

70 Zie voor een uitvoerige weergave in de parlementaire geschiedenis ook *PG Boek 7*, p. 208, zie ook Paquay, a.w., p. 176. Vgl. ook de handboeken destijds, zie eerder in nr. 4.

71 E.H. Hondius en G. Serraris-Perrick, 'Het voorontwerp inzake de consumentkoop', *NJB* 1979, p. 770 op p. 777.

72 De literatuur over produktaansprakelijkheid blijft hier verder buiten beschouwing. Uiteraard kan de vraag ook in de context van dwaling worden geplaatst. De literatuur over dwaling laat ik verder buiten beschouwing. Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintnissenrecht* deel 1 (1997) p. 474-475.

73 J.H. Nieuwenhuis, 'Een gevaar op de weg'. Annotatie bij het *Staveniuter - Oosterbaan* arrest, *AA* 1986, p. 315 op p. 317. Het ging in het arrest overigens om transactieschade en niet om gevolgschade.

74 Zie op p. 318.

75 A.S. Hartkamp en J. de Boer, 'Ontwikkeling van het kooprecht in de laatste 50 jaar', in: *Recht vooruit. 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 43 op p. 54.

nine et féline' vallen wel onder het begrip 'animaux domestiques'.<sup>86</sup> In Nederland heeft de vraag of er behoefte bestaat aan meer specifieke wetgeving in het verleden ook sterk in de belangstelling gestaan, maar de 'algemene' wetgeving in de vorm van de verborgen gebreken-regeling is nooit aangevuld.<sup>87</sup> Terzijde merk ik op dat specifieke wetgeving het voordeel zou hebben gehad dat in andere zaken de verborgen gebreken-regeling wellicht door de rechtspraak beter ontwikkeld zou zijn en ook samenloop wellicht minder als problematisch zou zijn gezien.<sup>88</sup>

Hoezeer de hele discussie in het kader van het artikel 7:24 nog op 'oude leest' geschoeid was, kan worden geïllustreerd aan een voorbeeld dat in het kader van dit artikel aardig is te vermelden, namelijk het feit dat in het Voorontwerp (1978) nog speciaal aandacht werd besteed aan dieren. Een van de uitzonderingen op de algemene regel van beperkte aansprakelijkheid van de verkoper zoals neergelegd in het Voorontwerp (zie de eerdere weergave in de tekst) was de koop van een gebruikte zaak of een dier. De toelichting beperkt zich overigens voornamelijk tot de verkoop van gebruikte zaken, de aansprakelijkheid van de verkoper voor dieren wordt verder nauwelijks toegelicht; gewezen wordt op de grotere deskundigheid van de verkoper in vergelijking met de particuliere koper en de mogelijkheid van de verkoper de zaak te controleren.<sup>89</sup>

Voor de verkoper van dieren gold dus een volledige aansprakelijkheid, zij het dat deze (met name voor gevolgschade) door de rechtspraak kon worden beperkt. De bepaling is bij de herziening van het ontwerp (afstemming met de regeling van de produktaansprakelijkheid) zonder veel toelichting vervallen; de wenselijkheid van de regeling was al in twijfel getrokken, waarbij er met name op was gewezen dat de koper van tweedehands goederen en dieren zich ervan bewust is of moet zijn dat hij grotere risico's loopt dan bij aankoop van nieuwe, fabrieksmatig vervaardigde producten en deze grotere risico's dan ook dient te aanvaarden.<sup>90</sup> De minister nam zonder veel spijt afscheid van de regeling.<sup>91</sup>

De vraag blijft gerechtvaardigd of het nuttig is op dit specifieke terrein met afzonderlijke wetgeving te komen. Zo heeft Boon naar aanleiding van het *Heupdysplasie*-arrest voor bijzondere wetgeving gepleit. Hij wijst er met name op dat de kosten van procederen in geen verhouding staan tot de bedragen waar het om gaat en hij pleit dat de verkoper in alle gevallen aansprakelijk wordt gehouden voor een erfelijk gebrek, waarbij de koper niet alleen de koopprijs kan vorderen maar ook een vastgelegd bedrag van nog eens een à twee keer de koopprijs als tegemoetkoming in de kosten van diergeneeskundige zorg.<sup>92</sup> Een speciaal stuk (consumenten-) wetgeving derhalve.

In de praktijk worden door rasverenigingen Modelovereenkomsten ontwikkeld. Aangezien leden van de rasverenigingen zowel als koper en verkoper optreden, mag men in beginsel verwachten dat de Modelovereenkomsten niet onevenredig bezwarend zijn voor de koper. De Modelovereenkomsten lijken een goed alternatief voor wetgeving, aangezien deze overeenkomsten uiteraard meer gedetailleerd kunnen zijn dan in wetge-

ving mogelijk is en bovendien kunnen voorzien in goedkope geschillenbeslechting (door deskundigen).<sup>93</sup>

#### 10. Tekortkoming: verborgen gebreken bij dieren. Gepubliceerde jurisprudentie

Met dieren kan heel wat mis zijn. Voor een overzicht zie bijvoorbeeld het boek *Gerechtelijke diergeneeskunde*, waarin een overzicht van aandoeningen bij verschillende diersoorten en 'dieroverschrijdende gevallen'.<sup>94</sup> Allerlei afwijkingen of termen waarvan de leek geen weet heeft worden opgesomd.<sup>95</sup>

In het arrest van de Hoge Raad ging het om een hond die aan heupdysplasie leed, een aandoening van het heupgewricht. De vraag of de koper van een hond met heupdysplasie een actie tegen de verkoper heeft is in de gepubliceerde rechtspraak éénmaal eerder aan de orde geweest, zie *Rb. Breda* 16 mei 1989, *PrG* 3091 (1989) (*Van Schaik - Erven Van de Broek*).<sup>96</sup> In deze zaak ging het om een Old English Sheepdog die verkocht was voor f 2000. In een actie op grond van verborgen gebreken oordeelde de rechtbank dat de verkoper aansprakelijk was nu niet of onvoldoende was betwist dat de oorzaak van de heupdysplasie gezocht diende te worden in een erfelijke aandoening. Gelet op de niet betwiste restwaarde van de hond ad f 500 werd de vordering tot teruggave van een gedeelte van de koopprijs ad f 1500 toegewezen. De koper vorderde ook f 1000 ter vergoeding van de kosten die hij had moeten

86 Zie J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil*, L.G.D.J.: Paris 1996, nr. 11304, vgl. ook F. Vranken, *a.w.* Zie ook in detail Paquay, *a.w.*, p. 54.

87 Zie Van Sasse van IJssel (1862), zie hoofdstuk 3 (p. 78 e.v.) over de vraag van de wenselijkheid van meer specifieke wetgeving, zie over huisdieren met name p. 83 e.v. Zie over de wenselijkheid van wetgeving voor de veehandel ook Aquarius, *a.w.* Zie verder uitvoerig de preadviezen *NJV* 1926, zie met name het preadvies van Nauta, *a.w.*, op p. 59-60.

88 Vgl. in Nederland het *Verse koe*-arrest (HR 27 juni 1941, *NJ* 1941, 781 (m.nt. EMM)), dat belemmerend was voor de rechtsontwikkeling.

89 *PG Boek* 7, p. 161. Zie positief over de regel Hondius en Serraris-Perrick, *NJB* 1979, p. 778, overigens met name doelend op de problematiek van tweedehands auto's.

90 *PG Boek* 7, p. 171.

91 'Ook de bepaling onder d kan, mede gelet op het daartegen onder 5 door de leden van de c.d.a.-fractie aangevoerde, naar onze mening vervallen. ... Wat de aansprakelijkheid terzake van gevolgschade, veroorzaakt door dieren, betreft, deze wordt door het nieuwe lid 1 van art. 7:1.3.7 bestreken; ...' *PG Boek* 7, p. 175. Zie tenslotte nog p. 187. De minister wees hierbij overigens nog wel op de mogelijkheid van besmettingsschade, zie p. 194.

92 Zie Boon, *a.w.*

93 Zie over Modelovereenkomsten ook het genoemde artikel van Boissevain en Deckers.

94 Breukink, *a.w.* Het boek is een voortzetting van het eerder verschenen boek van Wagenaar, *a.w.*, zie nog eerder J. Wester, *Verborgen gebreken bij dieren* (Deventer: Tjeenk Willink 1927) (eerste druk in 1917 verschenen als *Gerechtelijke veeartsenijkunde*) en A. van Leeuwen, *Koopvermetigende gebreken in den veehandel* (1902).

95 Ter illustratie noem ik enkele mogelijke mankementen bij een paard: kwade droes, maanblindheid, stille kolder, dampigheid, cornage, luchtzuigen, kribbebijten, mallues. De aansprakelijkheid voor de verschillende gebreken bij dieren wordt in andere landen vaak wettelijk geregeld, zie Breukink, *a.w.*

96 Zie voor de procedure bij het kantongerecht Ktg. Zevenbergen 30 januari 1986, 11 september 1986, 21 april 1988, *PrG* 2915 (1988).

maken ter behanda en genezing van de heupdysplasie. Voor gevolgschade werd in de regeling van de verborgen gebreken kwade trouw vereist, zie artikel 1544 oud *B.W.* De koper stelde dat de verkoper te kwader trouw was nu deze de minimale zorgplicht om zijn dier voordat hij dat liet dekken aan een röntgenonderzoek te laten onderwerpen achterwege had gelaten. De verkoper voerde als verweer aan dat er hiervoor geen reden bestond. In casu werd de kwestie van kwade trouw van de verkoper door de rechtbank buiten beschouwing gelaten en werd het gevorderde toegewezen op basis van artikel 1545 oud *B.W.*, waarin was bepaald dat de verkoper ook de kosten 'op de koop en de levering gevallen' dient te vergoeden.<sup>97</sup> Zie ook de procedure inzake het kooikerhondje Flip, die aan myelopathie leed, zie Ktg. Groningen 27 juli 1995, 13 maart 1996 en 23 oktober 1996, *PrG* 4681 (1997). De verkopers werden aansprakelijk gehouden, gelet op de kans dat de erfelijke aandoening tot een gebrek zou leiden en het niet geven van informatie hierover aan de koper.

De (lagere) rechtspraak over verborgen gebreken bij (andere) dieren geeft verder geen eenduidig beeld en er is verder ook niet zo veel rechtspraak.<sup>98</sup> Ik laat de rechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid van de verkoper als het dier ongeschikt blijkt om mee te fokken verder ook buiten beschouwing.<sup>99</sup> De vraag of een dier voor nakomelingen kan zorgen is uiteraard te onderscheiden van de vraag of het dier zelf gezond is.<sup>100</sup>

#### 11. Tekortkoming: verborgen gebreken bij dieren. Ongepubliceerde jurisprudentie

Het verbaast dat er zo weinig zaken zijn. Bedacht moet echter worden dat de schade waarvoor geprocedeerd wordt relatief gering is en de kosten van de experts die men moet inschakelen drempelverhogend werken. Bovendien kan de termijn van de verborgen gebreken-regeling veelal een belemmering geweest zijn. Desondanks lijkt, gelet op hoe vaak dergelijke problemen zich zullen voordoen, het aantal gepubliceerde uitspraken gering. Door toeval kreeg ik de beschikking over een aantal tot dusver ongepubliceerd gebleven vonnissen.<sup>101</sup> Om het belang van publicatie van vonnissen te onderstrepen, behandel ik deze rechtspraak apart.

In Ktg. 's-Hertogenbosch 22 augustus 1991 (rolnr. 2656/90) ging het om heupdysplasie bij een Berner Sennen-hond. In casu werd alleen geprocedeerd voor teruggave van de koopsom. De kantonrechter overwoog dat nu vaststond dat sprake was van een verborgen gebrek, maar niet bewezen was dat verkoper te kwader trouw was, de vordering van de koper toewijsbaar was voorzover het teruggave van de koopsom betrof.

In Ktg. 's-Hertogenbosch 4 juli 1996 (rolnr. 142/96 43984) betrof het de verkoop van twee Golden Retrievers, bij wie heupdysplasie was geconstateerd. De kantonrechter achtte de kosten terzake van röntgenfoto's, operaties en fysiotherapie niet toewijsbaar. Toen de eiseressen vijf maanden na aankoop bij de verkoper meldden dat de honden aan heupdysplasie leden, had de verkoper zich bereid verklaard de honden terug te

nemen en aan de kopers aangeboden uit een volgend nest een pup uit te kiezen voor de helft van de prijs. De kantonrechter oordeelde dat door het niet ingaan op dit aanbod de koopsters zelf de beslissing hadden genomen de honden te houden, waardoor de kosten voor hun rekening en risico bleven.

In Ktg. Brielle 9 januari 1996 (rolnr. 1922/94 - 35171) strandde de procedure op het feit dat de koper gesteld had dat de Labrador-pup leed aan ocd (Osteo-Chondritis-Dissecans), terwijl de hond in feite leed aan ed (elleboogdysplasie).

Het procederen op basis van de verborgen gebreken-regeling brengt voor de koper de nodige nadelen met zich mee. Zo werd in Ktg. Rotterdam 3 maart 1993 (rolnr. 370/192/7) de vordering van de koper van een extreem agressieve Bullterrier afgewezen vanwege overschrijding van de fatale termijn (maximaal zes weken). In Ktg. Nijmegen 10 januari 1997 (rolnr. 3670/96) moest de koper van een Duitse herder bewijzen dat de verkoper gegarandeerd had dat met de hond gefokt kon worden.

In Ktg. Almelo 5 oktober 1995 (rolnr. 352/95) was huidig *B.W.* van toepassing. De actie van de koper van een Border Collie was succesvol, aangezien de rechter oordeelde dat de aanwezigheid van congenitale doofheid (doof geboren) een dermate toerekenbare<sup>102</sup> tekortkoming aan de zijde van de verkoper opleverde dat de overeenkomst ontbonden kon worden, tenzij de verkoper het deskundigenrapport waarin geoordeeld werd dat sprake was van congenitale doofheid kon ontkrachten. In een artikel in het met name op de rashondenliefheb-

97 De uitleg van de rechtbank van art. 1545 oud *B.W.*, dat onder kosten op de koop en de levering gevallen ook begrepen zijn de gevorderde kosten ter behandeling en genezing van de hond, lijkt discutabel, vgl. Asser-Schut V-1 (1981) p. 174-175. Zie ook Schut (1974) p. 213, zie ook p. 199-201 voor een beschrijving van Frans recht, waar enige tijd wel voor een ruime uitleg werd gekozen, zie ook Overeem, *a.w.*, p. 123-124.

98 Zie Hof Amsterdam 6 juli 1995, *TvC* 1997, p. 49 (paard met arthrose); Ktg. Zaandam, 7 april 1994, *TvC* 1994, 223 (ziek paard); Ktg. Rotterdam 21 juli 1976, *PrG* 1222 (1977) (m.nt. Brack) (papegai met aspergillose); Ktg. Rotterdam 27 januari 1976, *PrG* 1170 (1977) (kat); Ktg. Maastricht 28 november 1984, *PrG* 2273 (1985) (rattenslang met mondrot en pharyngitis). Zie voor de oudere rechtspraak het kaartsysteem op de *NJ*, zie voor een overzicht ook Van Doorninck, *a.w.*, p. 178-184, zie ook E.H. Hondius en W.A.M. van Schendel, *Koopboekje Leidraad bij de rechtshulp in consumentenzaken*, Nijmegen: *Ars Aequi* (4e druk 1980) p. 111.

99 De geleverde hond dient uiteraard, om er mee te fokken, een rashond te zijn. Zie in dit verband Hof Amsterdam 20 april 1950, *NJ* 1951, 156, waarin de koper op grond van een gegeven garantie kon ageren tegen de geleverde Shetland Sheepdog geen rashond bleek te zijn, hoewel dit uitdrukkelijk was verzekerd en met overgifte van een zogenaamde stamboek was gecertificeerd.

100 Zie voor rechtspraak Ktg. Groningen 11 september 1986, *PrG* 2577 (1986); Hof Arnhem 1 december 1970, *NJ* 1971, 233; Hof 's-Gravenhage 29 november 1978, *NJ* 1980, 567. Zie naar huidig *B.W.* Rb. Leeuwarden 24 september 1997, *NJ Kort* 1998, 15.

101 Tijdens een *FAO*-cursus besprak ik het arrest van de Hoge Raad. Een deelneemster aan de cursus was vervolgens zo vriendelijk mij de *Labradorpost* van april 1998 toe te sturen, waarin overgenomen een artikel van I. Boissevain en J. Deckers uit de *Hondenwereld* van april 1998 ('Hoge Raad scheidt kaf van koren'). J. Deckers was vervolgens zo vriendelijk mij de hier te bespreken jurisprudentie toe te zenden.

bers gericht tijdschrift ('De Hondenwereld') wordt melding gemaakt van voor de koper gunstige vonnissen van lagere rechters, waarbij de zojuist besproken vonnissen van Ktg. Brielle van 7 maart 1995 en Almelo van 5 oktober 1995 worden genoemd.<sup>102</sup> De balans opmakend van de ongepubliceerde rechtspraak lijkt mijns inziens de kopersvriendelijkheid wel mee te vallen.

## 12. De koop van een rashond. Tekortkoming?

Het centrale thema van dit artikel is tekortkoming en toerekenbaarheid. Tot slot wordt ingegaan op de specifieke vraag van de aansprakelijkheid van de verkoper van een hond waarbij later heupdysplasie wordt geconstateerd. Is, in de terminologie van artikel 7:17 bw, een hond met HD 'conform' of overeenkomst en geschikt voor normaal gebruik?

Het criterium van de geschiktheid voor normaal gebruik is een nieuw element in ons recht. Mede op aandrang van Kamerleden, die meer aansluiting wensten bij de internationale koopverdragen, is de term in 1985 in ons recht geïntroduceerd.<sup>104</sup> Voor gebruiksvoorwerpen geeft het criterium 'normaal gebruik' een duidelijke norm: een auto moet kunnen rijden, met een strijkijzer moet je kleren kunnen strijken, etc. Geheel zonder problemen is de term uiteraard niet, met name ten aanzien van levensduur van apparaten kan men van mening verschillen.<sup>105</sup> Bij species-zaken wordt 'normaal gebruik' inmiddels ook toegepast, zie bijvoorbeeld de verkoop van verontreinigde grond, waar een belangrijke vraag is hoe 'ruim' het normaal gebruik moet worden gezien.<sup>106</sup> Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 7:17 blijkt dat bij de concrete invulling van hetgeen de koper mag verwachten de omstandigheden van belang zijn, zoals de aard van de zaak (nieuw of gebruikt, merkartikel of niet, al dan niet beschadigd), de hoogte van de prijs, het soort winkel waarin is gekocht, de persoon van de koper en verkoper (al dan niet deskundig), de omstandigheden waaronder de verkoop plaats vond (uitverkoop) en de mededelingen van de verkoper.<sup>107</sup>

Heupdysplasie (HD) is een afwijking aan de heupgewrichten, waarbij de ontwikkeling van de heupen niet normaal verloopt.<sup>108</sup> Overigens zijn er 4-5 gradaties van HD. De aandoening is in hoge mate erfelijk. HD heeft een erfelijkheidsgraad die soms tot 0.4 of 0.5 oploopt en bij enkele rassen zelfs 0.6 bereikt. Met 'erfelijkheidsgraad' wordt per ras overigens aangegeven hoe algemeen de verhouding is tussen de rol van erfelijke factoren en andere factoren (behandeling van de hond, voeding, etc.). Hiermee wordt dus niet voor een individuele hond aangegeven hoe groot de kans is dat eventuele puppij HD zullen krijgen. Er is een HD-commissie, die honden die bestemd zijn voor de fokkerij via röntgenfoto's kan controleren. De noodzaak tot controle speelt echter alleen wanneer HD binnen een bepaald ras erfelijk blijkt. Fokverenigingen spelen een belangrijke rol door richtlijnen vast te stellen en te bepalen met welke honden mag worden gefokt. Fokkers die niet zich aan deze richtlijnen houden kunnen uiteraard zonder meer aansprakelijk worden gehouden, de vraag is alleen of het voldoen aan alle eisen een vrijwaring van aansprakelijkheid inhoudt.

Bij de Basset Artesien Normand komt HD sporadisch voor; door de vereniging is voor de honden waarmee gefokt gaat worden geen onderzoeksplicht voor HD voorgeschreven. Bij verkoop van een pup is het probleem dat alleen door middel van röntgenologisch onderzoek kan worden vastgesteld of de hond HD heeft; een röntgenologisch onderzoek is bovendien alleen zinvol als het dier ten minste één jaar is. Bij de verkoop van een jonge hond (meestal 2-4 maanden) is de aandoening dus nog niet te constateren. De dierenarts die de jonge hondjes voor verkoop behandelt (inenting etc.) kan in dat stadium de diagnose ook nog niet stellen.<sup>109</sup> Daarmee was het later blijken van HD echt een vraag van 'risico'.

Betoogd zou kunnen worden dat dit risico voor de koper is. Daarmee zou de koper, aangezien geen sprake is van tekortkoming, geen enkele actie hebben. Vergelijk overigens in die zin ook de toelichting op het Voorontwerp met betrekking tot de speciale regeling voor gebruikte zaken en dieren, waarin aansprakelijkheid werd aangenomen, maar gewezen werd op de beperking gelegen in de eisen die men op grond van (thans) artikel 7:17 mag stellen.<sup>110</sup> Wanneer men wel uitgaat van tekortkoming, komen in eerste instantie nakoming en ontbinding in zicht. Had in casu een vordering tot herstel geen soelaas kunnen bieden?

## 13. Nakoming: de vordering tot herstel

Voor de vordering tot nakoming bij koop geeft de kooptitel van Boek 7 in artikel 7:21 een speciale regeling (die overigens, zie art. 7:22, de andere vorderingen van de koper onverlet laat).<sup>111</sup> Krachtens artikel 7:21 kan de koper bij gebrek aan kwaliteit van het geleverde

- 102 Toerekenbaarheid zou gelet op het gevorderde niet vereist zijn.  
103 Zie het eerder genoemde artikel van I. Boissevain en J. Deckers.  
104 Zie *PG Boek 7*, p. 122 en p. 125. Hierbij is inspiratie gezocht bij begrippen als 'ordinary or commercial use' (art. 33 Luvv) en 'ordinarily be used' (art. 35 cisc). De 'geschiktheid voor normaal gebruik' sluit overigens vrij gemakkelijk aan bij het in de verborgen gebreken-regeling gehanteerde begrip 'gebrek'. Het voert te ver dit hier uit te werken, ik hoop hier in ander verband op terug te komen.  
105 Zie hierover Paquay, a.w., p. 154 e.v.  
106 Zie op dit punt R.J.J. van Acht en E. Bauw, *Milieuprivatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (2e druk 1996) p. 182-184 en P. Klik, 'Aansprakelijkheid van de verkoper van verontreinigd onroerend goed', *TMA* 1997, p. 44; zie verder de in *TMA* en *M&R* gepubliceerde rechtspraak met annotaties.  
107 Zie *PG Boek 7*, p. 121, Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 335.  
108 Zie over heupdysplasie (HD) Breukink, a.w., p. 179-180, zie ook 'Buster over HD', [www.xs4all.nl/~pos/hd.htm](http://www.xs4all.nl/~pos/hd.htm).  
109 Zie echter 'Buster over HD', [www.xs4all.nl/~pos/hd.htm](http://www.xs4all.nl/~pos/hd.htm), waar vermeld wordt dat een daarin ervaren dierenarts bij een pup van ca. 8 weken kan voelen of de heupen stabiel zijn. Met grote zekerheid zou dan al voorspeld kunnen worden of de heupgewrichten zich 'normaal' zullen ontwikkelen. Experts verzekeren mij echter dat dit niet juist is.  
110 Zie *PG Boek 7*, p. 161.  
111 De regeling is nadrukkelijk bedoeld als een speciale regeling voor nakoming, zie Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 380 e.v., A.S. Hartkamp, *Vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer (5e druk 1999) nr. 269, 271, 400, 401. Zie over herstel als nakomingsactie al Nauta, a.w., zie ter vergadering p. 171. Zie ook over herstel en de verborgen gebreken-regeling Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 386.

herstel of vervangingsmiddelen.<sup>112</sup> Hiertoe is 'tekortkoming' voldoende, 'toerekenbaarheid' is niet vereist.<sup>113</sup> De beslissing van de Hoge Raad inzake de heupdysplasie volgend, waarbij uitgegaan wordt van een tekortkoming, komt men tot een systeem waarin de te-leurgestelde koper wel zijn kreupelheid mag intruilen ('vervanging') maar niet mag laten opereren. Door het cassatiemiddel is de zaak binnen het kader van schadevergoeding (gevolgsschade) geplaatst, maar mijns inziens had de zaak even goed opgelost kunnen worden via 'herstel', waarbij de toerekenbaarheid geen rol speelt.

De vraag is uiteraard wat onder 'herstel van de afgeleverde zaak' in de zin van artikel 7:21 lid 1 moet worden verstaan. De reikwijdte van de bepaling is niet duidelijk en ook de parlementaire geschiedenis biedt weinig houvast; duidelijke rechtspraak is er nog niet.<sup>114</sup> Zelf heb ik er geen moeite mee om de kosten van een operatie als legitieme kosten van herstel te zien. Lid 1 vereist verder dat 'de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen'. Dit betekent niet dat de verkoper zelf het herstel moet verrichten.<sup>115</sup> Krachtens de parlementaire geschiedenis is bedoeld de verkoper een zekere bescherming te bieden: de kosten van herstel moeten in redelijke verhouding staan tot de waarde van de zaak.<sup>116</sup> Licht hierin een duidelijk criterium ter onderscheiding van 'herstel' en 'gevolgsschade'? Valk signaleert het probleem dat de koper het beroep van de verkoper op overmacht kan vermijden door een vordering tot herstel (hij spreekt zelfs van een 'voor de hand liggende bedenking bij het arrest'), maar volstaat met de oplossing dat, mede op grond van de redelijkheid en de billijkheid, artikel 7:21 derogert aan het 'gewone' recht op nakoming en dat de bepaling 'in redelijkheid' ook inhoudt dat wanneer de verkoper het gebrek niet kon kennen hij niet gehouden is te herstellen. Afgezien van het gegeven dat de regeling uitdrukkelijk niet bedoeld is om andere rechten van de koper te beperken (zie art. 7:22!) lijkt de constructie wel erg gekunsteld. In het licht hiervan verbaast de vanzelfsprekendheid waarmee de Hoge Raad in het *Heupdysplasie*-arrest de toerekenbaarheid als vereiste stelt. De koper kan op grond van artikel 7:21 sub c ook vervanging eisen. De dierenliefhebber die zich al binnen enkele seconden emotioneel aan 'zijn' pup heeft gehecht zal hier weinig voor voelen. In dat verband is het goed er op te wijzen dat artikel 7:21 de koper de keus laat. Voor de consumentenkoop is dan nog artikel 7:21 lid 2 van belang. In lid 2 vindt bij consumentenkoop een (slechts via kennisgeving van de parlementaire geschiedenis goed te begrijpen) belangenafweging tussen verkoper en consument plaats, waarbij de verkoper beschermd wordt tegen 'oververragen' van de consumentkoper. De verkoper kan wanneer de koper om herstel vraagt kiezen tussen vervanging of teruggave van de koopprijs. Lid 2 vereist dat het gaat om 'vervangbare' zaken, zodat mijns inziens de koper gelet op eerder genoemd emotioneel aspect met recht kan stellen dat lid 2 niet van toepassing is.<sup>117</sup> De mogelijkheid van een vordering tot herstel verder buiten beschouwing latend, is de koper die de kosten van de operatie vergoed wil zien aangewezen op de ac-

tie voor schadevergoeding, waarvoor 'toerekenbaarheid van de tekortkoming' vereist is. Een belangrijk element bij de beoordeling is de positie van de verkoper.

## 14. De positie van de verkoper

Men is wellicht te snel geneigd de verkoper van een hond als een 'particulier' te beschouwen. Dit geldt misschien nog voor het gezin waarvan de hond een nest jonge hondjes krijgt, waarna de jonge hondjes vervolgens aan liefdevolle buurtgenoten en vrienden gratis worden weggegeven, maar meestal zal toch sprake zijn van een zekere professionaliteit, al wordt er alleen maar 'als hobby' gefokt. Van belang lijkt mij namelijk ook het gegeven dat een nest hondjes niet uit lieve bastaardjes bestaat, maar uit rashondjes. In casu ging het bijvoorbeeld ook om de verkoop van een 'Basset Artesien Normand' stamboomhond.<sup>118</sup> Het fokken met rashonden heeft in onze maatschappij ongekende vormen aangenomen.<sup>119</sup> Ik laat, bij gebrek aan concrete cijfers, de enorme bedragen die in de 'branche' omgaan nog even buiten beschouwing. Terzijde wijs ik er wel op dat de 'bedrijfsmatige verkoop, aflevering en inbewaringneming van honden en katten' op grond van het Honden- en kattenbesluit aan (publiekrechtelijke) regels is onderworpen, waarbij van belang is of 'bedrijfsmatig' wordt gehandeld.<sup>120</sup> Dit

- 112 Art. 7:21 lid 1 sub a, aflevering van het ontbrekende, blijft hier verder buiten beschouwing. Zie over art. 21 lid 1 sub b Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 388 e.v.  
113 Zie expliciet Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 384. Hijma stelt ook uitdrukkelijk dat het niet om schadevergoeding in natura gaat. 'Dat de gedaagde aan schadevergoeding misplaatst zou zijn blijkt ook hieruit, dat zij de algemene wanprestatieregelingen van art. 6:74 e.v. toepasselijk zou maken en aldus zou leiden tot het stellen van extra vereisten, die bij art. 7:21 kennelijk niet zijn bedoeld; men denke met name aan dat der toerekenbaarheid in de zin van art. 6:74 lid 1.'  
114 Zie M.M. van Rossum, *Bijzondere overeenkomsten*, art. 21.  
115 Zie Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 390. Vgl. ook art. 7:21 lid 3, waarover Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 394.  
116 Zie *PG Boek 7*, p. 138 en 142. Zie Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 390, zie ook nr. 385, waarin vermeld wordt dat bij de toepassing van art. 7:21 de bedrijfseconomische positie van de verkoper van belang is.  
117 Zie ook *PG Boek 7* p. 138: 'De nieuwe regel is beperkt tot koop van zaken die voor vervanging vatbaar zijn', zie voor voorbeelden p. 138-139. Zie ook Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 392.  
118 Zie voor informatie over deze hond, inclusief afbeeldingen, diverse internet-sites.  
119 Dit heeft ook tot uitwassen geleid. Rashonden lijden aan alle mogelijke soorten gebreken, fysiek en ook op het punt van karakter (agressie). Voorbeelden: teckels met hernia, de oogproblemen van pekinesen (pak een pekiniese nooit stevig bij zijn nekvel, je loopt de kans dat het oog uit de oogbal floept), de Engelse bulldog kan nauwelijks zelfstandig paren (moet met een stroomstoot aan een erectie worden geholpen) en een normale bevalling is niet mogelijk maar moet door middel van de keizersnee (de kopjes van de pups zijn te groot), dove Dalmatiërs (het witte pigment kan zenuwcellen in het oor beschadigen). Ik ga hier niet in op de kwestie van de wenselijkheid van fokverboden voor (agressieve) rashonden, die op dit moment in de belangstelling staat.  
120 *Sib.* 1999, 36. Het besluit is gebaseerd op de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren. Het oude besluit daterend van 1981, zie over het oude besluit D. Boon, *Nederlands Dierenrecht*, (diss. rug) Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 191-193, zie ook Breukink, a.w., p. 178-179. Verder zijn ook plaatselijke *APV's* van belang.

wordt niet gedefinieerd, wel is in de toelichting vermeld dat hieronder moet worden verstaan 'het in zekere omvang en anders dan incidenteel uitoefenen van activiteiten, ook indien dat geschiedt zonder winstmerk'. In de toelichting wordt dit verder uitgewerkt, waarbij in het kader van de controle op het besluit als 'richtsnoer' wordt genomen dat sprake is van bedrijfsmatige activiteit indien het per jaar om in totaal meer dan 20 honden of katten gaat. Voor honden komt dit neer op het produceren van circa 4 nesten (circa 20 pups) binnen 12 maanden; men moet dus een aanzienlijk aantal honden houden om binnen de normen voor controle te komen.<sup>121</sup> Belangrijker is dat de Raad van Kynologisch Beheer eigen richtlijnen heeft, waarbij bijvoorbeeld fokkers die meer dan één nest per jaar produceren bepaalde diploma's moeten halen. Meer algemeen kan worden gezegd dat de hele wereld van de rashondenverenigingen zodanig gestructureerd en geprofessionaliseerd (inclusief een wetenschappelijk bureau) is, waarbij aan de leden zeer veel voorlichting wordt gegeven, zodat een fokker niet meer als 'amateur' kan worden gekenschetst. Zie ook de stelling in een artikel van Boissevain en Deckers in *De Hondenwereld*: "Zomaar" een keer een nestje fokken is niet meer van deze tijd.' Het lijkt mij dan ook dat in elke situatie waarin *bewust* gefokt wordt en de puppy's vervolgens, met stamboom,<sup>122</sup> te koop worden aangeboden, er sprake is, hoezeer de fokker ook naar eigen idee uit 'liefhebberij' handelt, van een zekere professionaliteit. De term 'niet-professionele fokker' is in die zin een contradictio in terminis. Men kan wellicht zelfs zeggen dat een fokker een 'producent' is en uit dien hoofde aan een zware aansprakelijkheid onderworpen.<sup>123</sup> Hoe dit laatste ook zij, een verkooptster als mevrouw Brok kan zich, ondanks het feit dat zij niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, mijns inziens niet op grond van haar hoedanigheid aan haar verantwoordelijkheid onttrekken.

#### 15. De uiteindelijke risico-afweging

Of men de kosten van de operatie nu als herstelkosten of als schadevergoeding definieert, of men de crux van de problematiek nu in het begrip tekortkoming of toerekenbaarheid zoekt, uiteindelijk gaat het om de toedeling van het risico van de benodigde operatiekosten aan de koper of aan de verkoper.

Als reden om de zaak in het voordeel van de verkoper te beslechten wijst A-G Hartkamp op de oude regeling van de verborgen gebreken. Hij merkt hierbij op dat onder die regeling de verkoper te goeder trouw niet gehouden was gevolgschade te vergoeden en stelt ten aanzien van de risicoverdeling dat bij alle bezwaren die er in het oude recht tegen de regeling van de verborgen gebreken bestonden, geenszins vaststaat 'dat naar huidige verkeersopvatting thans anders over de voormelde risicoverdeling zou moeten worden geadviseerd'.<sup>124</sup> Als omstandigheden die relevant kunnen zijn noemt Hartkamp de hoedanigheid van partijen, de gebreken in de handel in rashondenpuppies in het algemeen of van puppies van het onderhavige ras in het bijzonder (o.m. hoe gebruikelijk een garantie voor de afwezigheid van een fysiek gebrek als het onderhavige is), de vraag of

het om de koop van een: alzaak of een generiek bepaalde zaak ging (Brok heeft gesteld dat Huberts uit het nest jonge hondjes "mocht uitkiezen"), de hoogte van de koopprijs, en eventueel ook de bijzonderheden van het desbetreffende ras en de kans dat zich daarbij het onderhavige gebrek zou voordoen.

De hoedanigheid van partijen is reeds uitvoerig aan de orde geweest. Bij de vraag 'hoe gebruikelijk een garantie voor de afwezigheid van een fysiek gebrek als het onderhavige is' moet uiteraard worden bedacht dat de bewijslast van niet-toerekening bij de verkoper ligt,<sup>125</sup> en dat het meer in de rede ligt van de verkoper te verwachten dat deze aantooft dat een exoneratie impliciet is overeengekomen of onder gelijke omstandigheden steeds als standaard wordt gezien. Met de beste wil van de wereld kan ik niet inzien waarom relevant zou zijn dat de koper het hondje heeft mogen uitkiezen.

Uit hetgeen ik eerder aangaf blijkt welke elementen ik bijzonder van belang vind. Met name het feit dat het hier om een hond met stamboom ging zou bij mij zwaar wegen. Dat de herstelkosten (f 3240) beduidend hoger liggen dan de aankoopprijs (f 900) valt mijns inziens daarbij als (bedrijfs)risico nog binnen redelijke grenzen.<sup>126</sup> Verzekeringen moeten zeker in de beschouwingen worden betrokken: zo blijkt men bijvoorbeeld voor zijn hond een ziektekostenverzekering af te kunnen sluiten (waarin echter wellicht juist dit soort gevallen weer niet gedekt wordt).

De vraag is in hoeverre gewicht toekomt aan bij fokkers levende gedachten over redelijke aansprakelijkheid. In kringen van fokkers accepteert men verantwoordelijkheid voor honden die gebreken vertonen, men is ook bereid een poging te doen deze gebreken zelf te verhelpen (bij hd bijvoorbeeld het doen van oefeningen, etc.) of het hondje terug te nemen,<sup>127</sup> maar is niet bereid de kosten van een hersteloperatie op zich te nemen. Een argument dat hierbij ook gehanteerd wordt is dat onderscheid gemaakt moet worden tussen de fokker die alle mogelijke voorzorgsmaatregelen treft en richtlijnen in acht neemt en de fokker die niet zorgvuldig handelt. Dit argument spreekt zeker aan. Mijns inziens is dit echter onvoldoende reden om de koper die niet gekregen heeft wat hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten het recht op volledige schadevergoeding/herstelkosten te ontzeggen.

121 Er van uitgaand dat bij verantwoord fokken een teef in totaal slechts 3 tot 4 nesten krijgt; een teef kan echter 2 maal per jaar een nest krijgen.

122 In de 'handel' met dieren spelen papieren een essentiële rol. Zie voor de veehandel Van Doorninck, a.w., p. 54-55, zie ook p. 96-97.

123 Vgl. Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 436, p. 343.

124 Zie *NJ* 1998, p. 1496.

125 Zie in die zin ook uitdrukkelijk Hartkamp, onder 6, met verwijzing naar Asser-Hartkamp 4-1 (1996) nr. 346 en Asser-Hijma 5-1 (1994) nr. 432 e.v.

126 Zie ook het eerder weergegeven vonnis van Rb. Breda 16 mei 1989, *Prz.* 3091 (1989), waarin dit zelfs als 'kosten op de koop en levering gevallen' werd gezien.

127 Ik laat aan de fantasie van de lezer over wat het lot van het teruggenomen hondje zal zijn.

M.B.M. Loos\*

## Schadevergoeding voor een onvoorzichtige opdrachtnemer

### 1. Inleiding

De overeenkomst van opdracht is de overeenkomst waarbij een opdrachtnemer zich jegens zijn wederpartij verbindt om buiten dienstbetrekking werkzaamheden te verrichten die niet kunnen worden gekwalificeerd als aanneming van werk, bewaarneming, het uitvoeren van werken of vervoer.<sup>1</sup> De regeling van de opdracht heeft daarmee een restkarakter: voor zover een overeenkomst niet onder een bijzondere regeling valt, resteert het vangnet van de opdracht. In zekere zin vormt de overeenkomst van opdracht daarmee het 'algemeen deel' van het dienstverleningsrecht, waaronder zeer uiteenlopende vormen van dienstverlening kunnen vallen.

De regeling van de opdracht in titel 7.7 BW bevat onder meer een bepaling op grond waarvan de opdrachtnemer onder bepaalde voorwaarden vergoeding van in de uitoefening van zijn opdracht ontstane schade kan vorderen van de opdrachtgever (art. 7:406 lid 2 BW). Over de betekenis van deze bepaling is onlangs door de Arnhemse rechtbank een interessant vonnis gewezen.<sup>2</sup> De rechtbank had over de volgende kwestie te oordelen: bij het rooien van bomen wordt een daarbij krachtens een overeenkomst van opdracht behulpzame particulier getroffen door een vallende boom. Vaststaat dat het slachtoffer vooraf was gewaarschuwd. Aan deze waarschuwing heeft hij kennelijk geen gevolg gegeven, met letsel als gevolg. Heeft de opdrachtnemer nu recht op vergoeding van zijn schade door de opdrachtgever? De Arnhemse rechtbank onthield hem het recht op schadevergoeding. Volgens de rechtbank diende de schade krachtens artikel 7:406 lid 2 BW volledig voor rekening van het slachtoffer te blijven nu de verzevenlijking van het bijzondere gevaar toe te rekenen was aan het slachtoffer. Deze uitspraak wekt nieuwsgierigheid naar de vraag onder welke voorwaarden iemand recht heeft op schadevergoeding krachtens artikel 7:406 lid 2 BW. Ook zal in het hierna volgende worden nagegaan of een vordering tot schadevergoeding in een dergelijke situatie ook op een andere grondslag kan worden gebaseerd.

### 2. Schadevergoeding krachtens artikel 7:406 lid 2 BW

Uitvoering van een opdracht is niet altijd zonder risico's voor de opdrachtnemer. Het is de vraag of, indien een dergelijk risico zich verzevenlijkt, de opdrachtnemer hiervoor door de opdrachtgever schadeeloos dient te worden gesteld. In de parlementaire geschiedenis wordt in dit verband opgemerkt dat de risico's die verbonden zijn aan een beroepsuitoefening moeten worden gedragen door de beroepsbeoefenaar zelf en dat deze niet afgewenteld behoren te worden op zijn cliën-

ten.<sup>3</sup> Deze terughoudende benadering is ook neergelegd in artikel 7:406 lid 2 BW. Voor vergoeding van bij de uitvoering van de opdracht door de opdrachtnemer geleden schade is blijkens de formulering van dat artikel slechts plaats als aan de volgende voorwaarden is voldaan.

1. Aan de opdracht moet een bijzonder gevaar zijn verbonden.
2. De schade moet het gevolg zijn van de verzevenlijking van dat bijzondere gevaar.
3. De verzevenlijking van dat bijzondere gevaar moet niet aan de opdrachtnemer toe te rekenen zijn.
4. Als de opdrachtnemer in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelt, bestaat de schadevergoedingsplicht slechts als het gevaar de normale beroeps- of bedrijfsrisico's te boven gaat; ontvangt de opdrachtnemer anders dan in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf loon, dan bestaat de schadevergoedingsplicht slechts als bij de vaststelling van de hoogte van het loon geen rekening is gehouden met het bijzondere gevaar.

Door middel van de eerste voorwaarde wordt getracht om algemene gevaren buiten de werkingssfeer van het artikel te houden. Het gaat daarbij om risico's die een ieder in het dagelijks leven loopt en die met het al dan niet sluiten van de overeenkomst geen relatie hebben, zoals het risico dat de opdrachtnemer die onderweg is naar de plaats waar hij de opdracht wil uitvoeren, betrokken raakt bij een verkeersongeval.<sup>4</sup> Aan iedere handeling zitten nu eenmaal risico's verbonden die men zelf moet dragen. De betekenis van het begrip 'bijzonder gevaar' in artikel 7:406 lid 2 BW is mijns inziens dan ook geen andere dan die van de overeenkomstige begrippen in de artikelen 6:173 en 6:175 BW bij de aansprakelijkheid voor zaken en voor gevaarlijke stoffen: het moet gaan om een gevaar dat inherent is aan of direct verbonden is met de opdracht.<sup>5</sup> De tweede voorwaarde betreft de eis van causaal verband tussen de schade en de verzevenlijking van het bijzondere gevaar. De beoordeling van aan deze eis is voldaan, geschiedt aan de hand van artikel 6:98 BW. De Arnhemse rechtbank besliste in het in de inleiding beschreven geval – mijns inziens terecht – dat het vallen van een boom op de opdrachtnemer een aan de opdracht verbonden 'bijzonder gevaar' oplevert en dat de verzevenlijking van dat bijzondere gevaar tot de letsel-schade van de opdrachtnemer heeft geleid. De vierde voorwaarde vormt de neerslag van de gedachte dat als de opdrachtnemer betaald wordt voor

\* De auteur dankt Ivo Giesen, Machteld de Hoon, Maaike van Laarhoven en Anne-Marie van Neer-van den Broek voor hun commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 Vgl. de omschrijving in art. 7:401 BW.

2 Rb. Arnhem 26 november 1998, *NJ-kort* 1999, 12 (Kersten/Van der Ven).

3 *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 388.

4 Vgl. Asser-Kortmann, nr. 86; Pitlo-Croes-Du Perron, p. 233.

5 Vgl. voor een soortgelijke omschrijving van het vergelijkbare begrip in art. 6:175 BW: R.J.J. van Acht, E. Bauw, *Milieuprivatrecht, Studietoetsen privaatrecht* 47, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink, tweede druk, 1996, p. 75.